

**Rechtsprobleme des pädagogisch-psychiatrischen  
Gutachtens im Jugendstrafverfahren,  
dargestellt am Beispiel der zürcherischen Strafprozessordnung**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

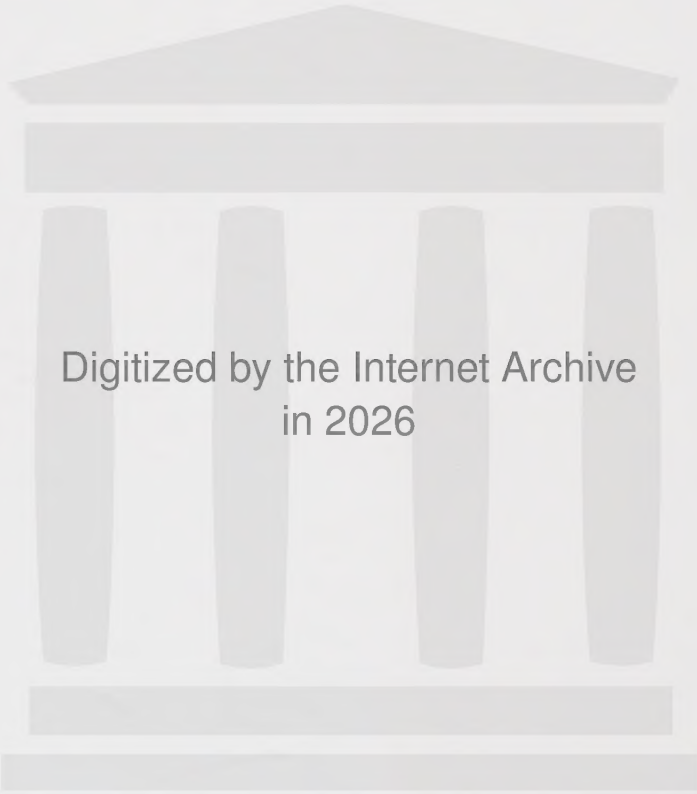
VERENA WISSLER-SCHEFER  
von Sumiswald (BE)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg



Juris Druck + Verlag Zürich

1979



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

**Rechtsprobleme des pädagogisch-psychiatrischen  
Gutachtens im Jugendstrafverfahren,  
dargestellt am Beispiel der zürcherischen Strafprozessordnung**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

VERENA WISSLER-SCHEFER  
von Sumiswald (BE)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg



Juris Druck + Verlag Zürich  
1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Dezember 1978

Der Dekan:  
Prof. Dr. J. Rehberg



ISBN 3 260 04634 8

Meinen lieben Eltern  
und meinem lieben Mann

Die Anregung zu dieser Arbeit erhielt ich während meiner Tätigkeit als Auditorin auf der Jugendanwaltschaft Bülach. Herrn Dr. W. Roduner, Jugendanwalt, verdanke ich den Hinweis auf dieses Thema. In zahlreichen Diskussionen erhielt ich von ihm wertvolle Gedankenanstösse. Gespräche mit verschiedenen Zürcher Psychiatern vermittelten mir ihre umfassenden Erfahrungen und wichtige Ergänzungen. Ihnen sei an dieser Stelle für ihre Mithilfe gedankt. Weiteren Dank schulde ich Herrn Prof. J. Rehberg für das Interesse, das er meinem Thema entgegengebracht sowie für die Grosszügigkeit, die er mir in der Ausgestaltung der Arbeit gewährt hat. Ganz besonders möchte ich schliesslich meinem Mann danken, welcher das Entstehen dieser Arbeit durch wertvolle und kritische Anregungen wesentlich unterstützt hat.

## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                                |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Literaturverzeichnis                                                                           | X    |
| Abkürzungen und Periodika                                                                      | XXII |
| Verzeichnis der Rechtsquellen                                                                  | XXV  |
| <br>                                                                                           |      |
| <u>1. Teil:</u> GRUNDLAGEN                                                                     | 4    |
| <br>                                                                                           |      |
| § 1 Der Stellenwert des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens<br>im Jugendstrafrecht          | 4    |
| <br>                                                                                           |      |
| I. Die Beziehung der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie zum Jugend-<br>strafrecht                  | 4    |
| <br>                                                                                           |      |
| A. Wesen und Aufgaben des Jugendstrafrechts                                                    | 4    |
| <br>                                                                                           |      |
| 1. Die Begründung des Jugendstrafrechts als Sonderstrafrecht                                   | 4    |
| <br>                                                                                           |      |
| 2. Das Jugendstrafrecht als Erziehungs- und Fürsorgestra-<br>recht                             | 5    |
| <br>                                                                                           |      |
| 3. Das Jugendstrafrecht als Täterstrafrecht                                                    | 8    |
| <br>                                                                                           |      |
| 4. Das Jugendstrafrecht als Massnahmenrecht                                                    | 9    |
| <br>                                                                                           |      |
| a) Die Einteilung der minderjährigen Täter in verschiedene<br>Behandlungsgruppen               | 9    |
| <br>                                                                                           |      |
| aa) Allgemeines                                                                                | 9    |
| <br>                                                                                           |      |
| bb) Die Erziehungsbedürftigen                                                                  | 10   |
| <br>                                                                                           |      |
| cc) Die Behandlungsbedürftigen                                                                 | 13   |
| <br>                                                                                           |      |
| dd) Die Normalen                                                                               | 15   |
| <br>                                                                                           |      |
| b) Grundsatz der Priorität und Ausschliesslichkeit der ju-<br>gendstrafrechtlichen Massnahme   | 16   |
| <br>                                                                                           |      |
| 5. Die Bedeutung von Schuld und Zurechnungsfähigkeit                                           | 16   |
| <br>                                                                                           |      |
| B. Wesen und Aufgabe der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie                                        | 20   |
| <br>                                                                                           |      |
| C. Gemeinsamkeiten und Gegensätze von Kinder- bzw. Jugend-<br>psychiatrie und Jugendstrafrecht | 21   |
| <br>                                                                                           |      |
| 1. Gemeinsamkeiten                                                                             | 21   |
| <br>                                                                                           |      |
| 2. Gegensätze                                                                                  | 21   |
| <br>                                                                                           |      |
| 3. Folgerungen                                                                                 | 22   |
| <br>                                                                                           |      |
| D. Die Bedeutung der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie für das<br>Jugendstrafrecht                | 23   |
| <br>                                                                                           |      |
| 1. Die Mitarbeit des Psychiaters bei der Persönlichkeitser-<br>forschung                       | 23   |

|                                                                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) Grundsätzliches zur Persönlichkeitserforschung                                                                                                                                      | 23 |
| b) Die Mitwirkung des Psychiaters bei der Persönlichkeits-<br>erforschung                                                                                                              | 27 |
| 2. Die Mitwirkung des Psychiaters bei der Urteilsfindung                                                                                                                               | 32 |
| 3. Die Mitarbeit des Psychiaters im Massnahmenvollzug                                                                                                                                  | 34 |
| II. Das Gutachten                                                                                                                                                                      | 35 |
| A. Allgemeines                                                                                                                                                                         | 35 |
| 1. Begriff                                                                                                                                                                             | 35 |
| 2. Umfang, Inhalt und Aufbau des Gutachtens                                                                                                                                            | 36 |
| a) Die Problematik bezüglich Umfang und Inhalt des Gutach-<br>tens                                                                                                                     | 36 |
| b) Aufbau des Gutachtens                                                                                                                                                               | 37 |
| 3. Form des Gutachtens                                                                                                                                                                 | 38 |
| B. Das pädagogisch-psychiatrische Gutachten als Mittel der Per-<br>sönlichkeitserforschung                                                                                             | 39 |
| C. Das pädagogisch-psychiatrische Gutachten als Grundlage der<br>Nacherziehung und Behandlung                                                                                          | 41 |
| D. Das Gutachten als Beweismittel                                                                                                                                                      | 42 |
| § 2 Verfahrensrechtliche Grundlagen                                                                                                                                                    | 46 |
| I. Gesetzliche Grundlagen                                                                                                                                                              | 46 |
| A. Das Verhältnis des eidgenössischen Rechts zum kantonalen<br>Recht                                                                                                                   | 46 |
| B. Das Verhältnis der allgemeinen Verfahrensnormen zu den ju-<br>gendstrafrechtlichen Sonderbestimmungen                                                                               | 46 |
| II. Die Jugendstrafbehörden und deren Kompetenzen                                                                                                                                      | 47 |
| A. Vorbemerkung                                                                                                                                                                        | 47 |
| B. Kompetenzen, verfahrensrechtliche Stellung und Bedeutung<br>des Jugendanwaltes                                                                                                      | 47 |
| 1. Kompetenzen des Jugendanwaltes                                                                                                                                                      | 47 |
| 2. Verfahrensrechtliche Stellung und Bedeutung des Jugend-<br>anwaltes                                                                                                                 | 49 |
| C. Das Jugendgericht                                                                                                                                                                   | 52 |
| III. Die verfahrensrechtlichen Grundsätze als Spiegelbild der im<br>Jugendstrafrecht bestehenden Antinomie zwischen erzieherisch-<br>fürsorgerischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen | 54 |
| A. Allgemeines                                                                                                                                                                         | 54 |
| B. Die erzieherisch-fürsorgerischen Grundsätze                                                                                                                                         | 55 |
| 1. Vermeiden von erziehungswidrigen Einflüssen                                                                                                                                         | 55 |

|                 |                                                                                                                                                                            |    |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a)              | Trennung des Jugendstrafverfahrens vom Verfahren gegen Erwachsene                                                                                                          | 56 |
| b)              | Untersuchungshaft nur bei zwingenden Gründen und in geeigneten Räumlichkeiten                                                                                              | 56 |
| c)              | Ausschluss der Öffentlichkeit                                                                                                                                              | 57 |
| d)              | Einschränkung des Akteneinsichts- und Teilnahmerechtes an Verhandlungen beim Vorliegen von überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen oder der Angehörigen | 58 |
| 2.              | Erzieherische Erfordernisse                                                                                                                                                | 59 |
| a)              | Notwendigkeit des Eingehens eines Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigten und Straforganen                                                                          | 59 |
| b)              | Beschleunigung des Verfahrens                                                                                                                                              | 59 |
| c)              | Transparenz und Flexibilität des Verfahrens                                                                                                                                | 60 |
| 3.              | Möglichkeit einer genauen Persönlichkeitserforschung                                                                                                                       | 61 |
| a)              | Wohnsitz als Gerichtsstand                                                                                                                                                 | 61 |
| b)              | Möglichkeit der informellen Befragung                                                                                                                                      | 62 |
| c)              | Verbot des Kontumazialverfahrens                                                                                                                                           | 66 |
| C.              | Die rechtsstaatlichen Grundsätze                                                                                                                                           | 66 |
| 1.              | Notwendigkeit einer genügenden Verteidigung                                                                                                                                | 66 |
| 2.              | Schutz der persönlichen Freiheit des Minderjährigen                                                                                                                        | 67 |
| 3.              | Möglichkeit des Ergreifens von Rechtsmitteln                                                                                                                               | 67 |
| <u>2. Teil:</u> | RECHTSPROBLEME IM STADIUM DER BEGUTACHTUNG                                                                                                                                 | 69 |
| § 3             | Der Beizug eines Sachverständigen im Jugendstrafverfahren                                                                                                                  | 69 |
| I.              | Grundsätzliche Bemerkungen zur verfahrensrechtlichen Stellung des Sachverständigen                                                                                         | 69 |
| II.             | Die Bestellung des Sachverständigen                                                                                                                                        | 75 |
| A.              | Zuständige Behörde                                                                                                                                                         | 75 |
| B.              | Auswahl des Sachverständigen                                                                                                                                               | 76 |
| III.            | Leitung des Sachverständigen durch die auftraggebende Behörde                                                                                                              | 78 |
| A.              | Festlegung der Anknüpfungstatsachen                                                                                                                                        | 78 |
| 1.              | Grundsätzliche Festlegung der Anknüpfungstatsachen durch die auftraggebende Behörde                                                                                        | 78 |
| a)              | Allgemeines                                                                                                                                                                | 78 |
| b)              | Das Problem der uneingeschränkten Akteneinsicht durch den Experten                                                                                                         | 79 |

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Vorgehen des Sachverständigen beim Einholen weiterer Anknüpfungstatsachen                                                                           | 82  |
| B. Präzise Fragestellung                                                                                                                               | 90  |
| IV. Pflichten des Sachverständigen                                                                                                                     | 91  |
| A. Begutachtungspflicht                                                                                                                                | 91  |
| B. Wahrheitspflicht                                                                                                                                    | 93  |
| C. Pflicht zu Objektivität und Unparteilichkeit                                                                                                        | 94  |
| § 4 Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Schweigepflicht des psychiatrischen Sachverständigen                                                        | 95  |
| I. Frage nach der Geheimhaltungspflicht in der Begutachtungssituation                                                                                  | 95  |
| II. Grundsätzliche Geltung des Amtsgeheimnisses in der Begutachtungssituation                                                                          | 97  |
| A. Die ratio des Amtsgeheimnisses. Parallelen zum ärztlichen Berufsgeheimnis                                                                           | 97  |
| B. Begriff des Amtsgeheimnisses                                                                                                                        | 99  |
| 1. Vorbemerkung                                                                                                                                        | 99  |
| 2. Dienstliche bzw. amtliche Angelegenheit                                                                                                             | 100 |
| 3. Kenntnisnahme durch Anvertrauen von Seiten des Exploranden bzw. der befragten Drittpersonen oder infolge eigener Wahrnehmungen des Sachverständigen | 101 |
| 4. Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnisnahme und der amtlichen Tätigkeit des Experten                                                              | 102 |
| C. Geltungsbereich des Amtsgeheimnisses des Experten                                                                                                   | 102 |
| 1. Grundsätzliche Geltung des Amtsgeheimnisses gegenüber jedermann                                                                                     | 102 |
| 2. Ausnahmen                                                                                                                                           | 103 |
| a) Pflicht zur Mitteilung der Gutachtensergebnisse an die auftraggebende Behörde                                                                       | 103 |
| aa) Allgemeines                                                                                                                                        | 103 |
| bb) Umfang der Mitteilungspflicht gegenüber der auftraggebenden Behörde                                                                                | 103 |
| b) Befugnis zur Mitteilung der Gutachtensergebnisse an den Exploranden bzw. den gesetzlichen Vertreter durch den psychiatrischen Experten?             | 107 |
| D. Verletzung des Amtsgeheimnisses                                                                                                                     | 109 |
| E. Entbindung vom Amtsgeheimnis                                                                                                                        | 110 |
| III. Ausnahmsweise Berücksichtigung des ärztlichen Berufsgeheimnisses in der Begutachtungssituation                                                    | 111 |

|                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Beizug von mündlichen Mitteilungen, Krankengeschichten, Berichten und Gutachten über den Exploranden sowie die Angehörigen von früher behandelnden Aerzten | 112 |
| 1. Begründung der Notwendigkeit zur Einholung von ärztlichen Informationen                                                                                    | 112 |
| 2. Grundsätzliche Geltung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gegenüber Berufskollegen                                                                          | 112 |
| 3. Strafbare Preisgabe eines ärztlichen Geheimnisses beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes                                                              | 113 |
| a) Einwilligung des Berechtigten                                                                                                                              | 113 |
| b) Einholen einer schriftlichen Bewilligung bei der Aufsichtsbehörde                                                                                          | 115 |
| c) Notstandshilfe                                                                                                                                             | 115 |
| d) Möglichkeit der straflosen Preisgabe von ärztlichen Geheimnissen auf Grund der Berufspflicht?                                                              | 116 |
| 4. Der Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- bzw. Editionsspflicht des Arztes gegenüber einer Behörde                   | 118 |
| B. Begutachtung eines früheren Patienten                                                                                                                      | 120 |
| § 5 Die Begutachtung                                                                                                                                          | 121 |
| I. Arten der Begutachtung                                                                                                                                     | 121 |
| A. Die ambulante Begutachtung                                                                                                                                 | 122 |
| B. Die stationäre Begutachtung                                                                                                                                | 122 |
| II. Der Begutachtungsvorgang                                                                                                                                  | 123 |
| A. Das Aktenstudium                                                                                                                                           | 124 |
| B. Die Aufnahme der Anamnese                                                                                                                                  | 124 |
| 1. Die Familienanamnese                                                                                                                                       | 125 |
| a) Die Erbfaktoren                                                                                                                                            | 125 |
| b) Die Umweltsverhältnisse                                                                                                                                    | 125 |
| 2. Die persönliche Anamnese                                                                                                                                   | 126 |
| 3. Das aktuelle Problem                                                                                                                                       | 127 |
| 4. Die verschiedenen Informationsquellen                                                                                                                      | 127 |
| C. Untersuchungen und Beobachtungen des Psychiaters                                                                                                           | 128 |
| 1. Vorbemerkung                                                                                                                                               | 128 |
| 2. Die Untersuchung des Psychiaters in der ambulanten Begutachtung                                                                                            | 129 |
| a) Die geistige Untersuchung                                                                                                                                  | 129 |
| aa) Das explorierende Gespräch                                                                                                                                | 130 |

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Die psychodiagnostischen Tests                                                                                        | 131 |
| b) Die körperliche Untersuchung                                                                                           | 131 |
| c) Die Berufsabklärung beim Jugendlichen                                                                                  | 132 |
| 3. Untersuchung und Beobachtung in der stationären Begutachtung                                                           | 132 |
| 4. Schranken der ärztlichen Untersuchung durch das Individualrecht der persönlichen Freiheit                              | 133 |
| D. Die Persönlichkeitsbeurteilung und Diagnose                                                                            | 137 |
| E. Die Prognose                                                                                                           | 139 |
| F. Vorschläge für das weitere Vorgehen anlässlich der Schlussbesprechung                                                  | 141 |
| III. Mitteilung der Gutachtensergebnisse                                                                                  | 142 |
| <br>3. Teil: DIE VERWERTUNG DES PÄDAGOGISCH-PSYCHIATRISCHEN GUTACHTENS DURCH DEN RICHTER                                  | 144 |
| § 6 Das Gutachten als Grundlage richterlicher Tatsachenfeststellungen                                                     | 144 |
| § 7 Die Würdigung des Gutachtens nach dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung                                | 145 |
| I. Die richterliche Prüfungspflicht                                                                                       | 146 |
| II. Nichtgebundenheit des Richters an das Ergebnis der Expertise innerhalb der Schranken von BV 4                         | 148 |
| § 8 Das Erfordernis weiterer Begutachtung                                                                                 | 150 |
| I. Allgemeines                                                                                                            | 150 |
| II. Gründe für die Unzulänglichkeit des erstatteten Gutachtens                                                            | 150 |
| 1. Inhaltliches Ungenügen des Gutachtens als Urteilsgrundlage                                                             | 150 |
| a) Unvollständiges, ungenaues oder undeutliches Gutachten                                                                 | 151 |
| b) Mangelnde Ueberzeugungskraft des Gutachtens                                                                            | 151 |
| c) Widersprüche zwischen mehreren Expertisen zum selben Beweisthema                                                       | 152 |
| 2. Unverwertbarkeit des Gutachtens aus prozessualen Gründen                                                               | 152 |
| III. Beizug des gleichen oder eines neuen Experten                                                                        | 153 |
| <br>4. Teil: DAS PROBLEM DER UNSACHGEMÄSSEN VERWENDUNG DES PÄDAGOGISCH-PSYCHIATRISCHEN GUTACHTENS IM JUGENDSTRAFVERFAHREN | 155 |

|      |                                                                                                                                                                                                                       |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 9  | Problemstellung                                                                                                                                                                                                       | 155 |
| § 10 | Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens infolge des Akteneinsichtsrechtes der Verfahrensbeteiligten sowie anderer Amtsstellen und rechtlich interessierter Drittpersonen | 158 |
| I.   | Der zur Akteneinsicht berechtigte Personenkreis                                                                                                                                                                       | 158 |
| A.   | Grundsätzliche Geltung des Akteneinsichtsrechtes der Verfahrensbeteiligten im zürcherischen Jugendstrafverfahren                                                                                                      | 158 |
| 1.   | Allgemeines                                                                                                                                                                                                           | 158 |
| 2.   | Die Verfahrensbeteiligten                                                                                                                                                                                             | 159 |
| B.   | Das durch andere Amtsstellen und rechtlich interessierte Dritte ausgeübte Akteneinsichtsrecht                                                                                                                         | 160 |
| 1.   | Die Ausübung des Akteneinsichtsrechtes durch andere Amtsstellen                                                                                                                                                       | 161 |
| 2.   | Die Ausübung des Akteneinsichtsrechtes durch rechtlich interessierte Dritte                                                                                                                                           | 162 |
| II.  | Möglichkeit der Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes zum Schutze des Minderjährigen und der Angehörigen                                                                                                            | 164 |
| A.   | Vorbemerkung                                                                                                                                                                                                          | 164 |
| B.   | Das Kriterium des überwiegenden schutzwürdigen Interesses                                                                                                                                                             | 166 |
| C.   | Der unter die Einschränkung fallende Personenkreis                                                                                                                                                                    | 168 |
| III. | Ausnahme von der Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes                                                                                                                                                              | 169 |
| A.   | Die amtlichen Verteidiger und die als Verteidiger erbetenen Rechtsanwälte als Träger der Ausnahmebestimmung                                                                                                           | 169 |
| B.   | Problematik des uneingeschränkten Akteneinsichtsrechtes durch die unter lit. A angeführten Verteidiger                                                                                                                | 170 |
| C.   | Exkurs: Die Verteidigung                                                                                                                                                                                              | 172 |
| 1.   | Aufgaben des Verteidigers                                                                                                                                                                                             | 172 |
| 2.   | Durchführung der Verteidigung im zürcherischen Jugendstrafverfahren                                                                                                                                                   | 173 |
| a)   | Gesetzliche Grundlage                                                                                                                                                                                                 | 173 |
| b)   | Zulassung der formellen Verteidigung                                                                                                                                                                                  | 175 |
| c)   | Beschränktes Prinzip der notwendigen formellen Verteidigung                                                                                                                                                           | 177 |
| § 11 | Das Problem der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens infolge des Teilnahmerechtes des Jugendlichen und des Verteidigers bei Sachverständigeneinvernahmen im Untersuchungsverfahren                                | 179 |

|      |                                                                                                                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 12 | Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens infolge der Teilnahme der Verfahrensbeteiligten an der Hauptverhandlung            | 181 |
| I.   | Bedeutung und Ablauf der Hauptverhandlung                                                                                                                               | 181 |
| II.  | Der zur Teilnahme berechnigte Personenkreis                                                                                                                             | 182 |
| A.   | Allgemeines                                                                                                                                                             | 182 |
| B.   | Umfang der Teilnahme der dazu berechtigten Personen                                                                                                                     | 182 |
| 1.   | Der angeschuldigte Minderjährige                                                                                                                                        | 182 |
| 2.   | Eltern, Vormünder und Sozialarbeiter                                                                                                                                    | 183 |
| 3.   | Der Geschädigte                                                                                                                                                         | 184 |
| 4.   | Der Verteidiger                                                                                                                                                         | 185 |
| III. | Möglichkeit der Einschränkung des Teilnahmerechtes der Verfahrensbeteiligten zum Schutze des Minderjährigen und der Angehörigen                                         | 185 |
| A.   | Allgemeines                                                                                                                                                             | 185 |
| B.   | Ausschluss des Jugendlichen                                                                                                                                             | 185 |
| C.   | Ausschluss der Eltern, Vormünder und Sozialarbeiter                                                                                                                     | 186 |
| D.   | Ausschluss des Verteidigers                                                                                                                                             | 186 |
| E.   | Zusammenfassende Bemerkung                                                                                                                                              | 187 |
| § 13 | Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens im Stadium der Urteilseröffnung                                                    | 187 |
| I.   | Die unsachgemässe Verwendung des Gutachtens anlässlich der Urteilsverkündung                                                                                            | 187 |
| II.  | Die unsachgemässe Verwendung des Gutachtens anlässlich der schriftlichen Mitteilung der Urteilsgründe                                                                   | 188 |
| § 14 | Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens anlässlich der Orientierung der Allgemeinheit über das Verfahren durch das Gericht | 189 |
| § 15 | Lösungsvorschläge zur Vermeidung der missbräuchlichen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens im zürcherischen Jugendstrafverfahren                       | 191 |
| I.   | Zum uneingeschränkten Akteneinsichts- und Teilnahmerecht des amtlichen Verteidigers und des als Verteidiger erbeten Rechtsanwaltes                                      | 192 |
| A.   | Allgemeine Lösungsvorschläge                                                                                                                                            | 192 |
| B.   | Speziell auf das Akteneinsichtsrecht bezogene Lösungsvorschläge                                                                                                         | 197 |

|      |                                                                                                                                         |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.  | Kennntnisnahme vom jugendstrafrechtlichen Gutachten in einem späteren Verfahren durch die Verfahrensbeteiligten und die Oeffentlichkeit | 201 |
| III. | Zur unsachgemässen Verwendung des Gutachtens durch das Gericht                                                                          | 202 |

## LITERATURVERZEICHNIS

- A l s b e r g - N ü s e: Der Beweisantrag im Strafprozess. 4. A., Köln/  
Berlin/Bonn/München 1969
- A r b a b - Z a d e h: Des Richters eigene Sachkunde und das Gutachter-  
problem im Strafprozess. In: NJW 1970 S. 1214 ff.
- B e g l i n g e r P.: Das Jugendstrafverfahren im Kanton Zürich. Diss.  
Zürich 1972
- B e l l a v i ć H.: Persönlichkeitsgutachten und Oeffentlichkeit der  
Hauptverhandlung. In: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5  
(1962) S. 72 - 76
- B l a s e r A.: Rückfall und Bewährung straffälliger Jugendlicher im  
Kanton Luzern. Diss. Bern 1963
- B l a s s H.: Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Aerzte, Apotheker und  
Rechtsanwälte. Diss. Zürich 1944
- B l e u l e r E./B l e u l e r M.: Lehrbuch der Psychiatrie. 13. A.,  
Berlin/Heidelberg/New York 1975
- B o e h l e n M.: Kommentar zum Schweizerischen Jugendstrafrecht. Bern  
1975
- B o v e t L.: Le point de vue du psychiatre dans l'application des me-  
sures prévues par le droit pénal des mineurs. In: Zeitschrift für  
Kinderpsychiatrie, Jg. XI (1944) S. 39 ff.
- B r a c h e r H.: Die Anstaltsversorgung als Massnahme des Schweiz. Ju-  
gendstrafrechts. Diss. Bern 1950
- B r e m e r H.: Der Sachverständige. 2. A., Heidelberg 1973
- B r e s s e r P.H.: Zur kriminalprognostischen Beurteilung von Jugend-  
lichen (Bresser, Göppinger u.a. Hrsg.). In: Handbuch der forensi-  
schen Psychiatrie. Bd. II., Berlin/Heidelberg/New York 1972
- B r ü c k n e r G.: Die Jugendkriminalität. Hamburg o. Jg.
- B r u n n e r / G r e t h l e i n: Jugendgerichtsgesetz. Kommentar. 4. A.,  
Berlin/New York 1975

- B u r k h a r t B.: Die amtliche Verteidigung nach schweizerischem Strafprozessrecht. Diss. Zürich 1972
- C a b a n i s D.: Möglichkeiten und Grenzen der forensisch-psychiatrischen Begutachtung. Köln/Berlin/Bonn/München 1971
- C l e r c F.: L'examen médico-psychologique et social des délinquents. In: ZStrR 67 S. 52 ff.
- C o m t e s s e F.: Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch. In: ZStrR 56 (1942) S. 257 ff.
- C o r b o z R.J.: Jugendkriminalität und Jugendpsychiatrie. Beiheft zur schweiz. Zeitschrift für Psychologie und ihre Anwendungen. Nr. 51, Szondiana VII, S. 47 ff. (zit. Jugendkriminalität)
- Die Eltern in der forensischen Jugendpsychiatrie. In: Zeitschrift für Gesundheit und Wohlfahrt, 1955, S. 383 ff. (zit. Die Eltern in der forensischen Jugendpsychiatrie)
- D a l l i n g e r / L a c k n e r: Jugendgerichtsgesetz. Kommentar. München/Berlin 1955
- E g l o f f M.: Verwahrloste Jugendliche - Jugendpsychiatrische Diagnose und Prognose im Spiegel langjähriger Katamnesen. Diss. med. Zürich 1975
- E s s l i n g e r F.: Das Amtsgeheimnis. Diss. Zürich 1906
- F r e y E.: Die Organisation des Jugendgerichts unter dem Gesichtspunkt der Einheit des Jugendstrafverfahrens. In: ZStrR 54 (1940) S. 1 ff. (zit. Organisation)
- Die Unentbehrlichkeit des Jugendpsychiaters in der modernen Jugendstrafrechtspflege. In: Zeitschrift für Kinderpsychiatrie, XI. Jg., 1944 S. 74 ff. (zit. Die Unentbehrlichkeit)
  - Die Persönlichkeitserforschung im praktischen Jugendstrafrecht. In: Pro Juventute 1946, S. 296 ff. (zit. Persönlichkeitserforschung)
  - Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher. Basel 1951 (zit. Rückfallsverbrecher)
  - Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes. In: Festschrift

für H.E. Pfenninger, Zürich 1956 S. 41 ff. (zit. Aerztliches Zeugnis-verweigerungsrecht)

- Le secret professionnel de l'expert psychiatrique. In: Revue 11 (1957) S. 27 ff. (zit. le secret professionnel)

F u t t e r l i e b R.: Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess. Diss. Zürich 1978

F u r g e r R.: Möglichkeiten und Grenzen der psychiatrischen Mitarbeit in der Heimerziehung von männlichen Jugendlichen. In: Fachblatt für Schweizerisches Heim- und Anstaltswesen, 44. Jg. Nr. 11 November 1973 S. 416 ff.

G i e s k e r H.: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Diss. Zürich 1904

G i r s b e r g e r M.: Grundzüge des Jugendstrafverfahrens mit besonderer Berücksichtigung der Kantone Aargau und Waadt. Diss. Zürich 1973

G ö p p i n g e r H.: Der Sachverständige, Gutachten und Verfahren. Teil D. In: Handbuch der forensischen Psychiatrie II (Hrsg. Göppinger u.a.). Berlin/Heidelberg/New York 1972

G r o s s m a n n A.: Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Diss. Zürich 1946

G u g g e n h e i m R.E.: Die besondere Behandlung für Kinder und Jugendliche gemäss Art. 85 und 92 StGB. Diss. Zürich 1956

G u l d e n e r M.: Schweizerisches Zivilprozessrecht. 2. A., Zürich 1958

G ü r t l e r - S c h l ö r B.: Die Verwirklichung des Erziehungsgedankens im schweizerischen Jugendstrafrecht am Beispiel der Strafe. Diss. Zürich 1972

H a f t e r E.: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2. A., Bern 1946 (zit. AT)

- Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Besonderer Teil. II. Hälfte, Berlin 1943 (zit. BT II)

H a r d e r A.: Was erwartet der Psychiater vom Juristen? In: SJZ 1973 S. 373 ff.

- H a r t m a n n K.: Theoretische und empirische Beiträge zur Verwahrlo-  
sungsforschung. Berlin/Heidelberg/New York 1970
- H a u s e r E.: Die zur Durchführung des Schweizerischen Jugendstraf-  
rechtes notwendigen Organe. Bericht über den III. Schweizerischen  
Jugendgerichtstag in Zürich, 24. und 25. Februar 1939
- H a u s e r R.: Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung  
des Zivilprozesses. Zürich 1974
- H a u s e r W./H a u s e r R.: Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz  
des Kantons Zürich vom 29.1.1911 mit den seitherigen Aenderungen.  
Zürich 1960 (zit. Kommentar GVG)
- H e i n i t z E.: Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit  
des Sachverständigen im Strafprozess. In: Festschrift für K. Engisch,  
Frankfurt 1969, S. 693 ff.
- H e l f e n s t e i n M.: Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen  
Strafprozess. Diss. Zürich 1978
- H e n k e l H.: Strafverfahrensrecht. 2. A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz  
1968
- H e r b s t L.: Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimnis und  
Schutz der Menschenwürde. In: NJW 1969 S. 546 ff.
- H i l t y - W a r t e n w e i l e r A.: Das Verhältnis der zivilrechtli-  
chen zu den jugendstrafrechtlichen Erziehungs- und Fürsorgemassnah-  
men. Diss. Zürich 1970
- H o c h e A.: Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie. Berlin 1934
- H u b e r P.: Die Stellung des Beschuldigten - insbesondere seine Rechte -  
in der Strafuntersuchung, unter besonderer Berücksichtigung des Kan-  
tons Zürich. Diss. Zürich 1974
- H ü n i g M.: Probleme des Schutzes des Beschuldigten vor den Massenmedien.  
Diss. Zürich 1973
- I m b o d e n / R h i n o w: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Bd.  
I, 5. A., Basel/Stuttgart 1976
- J e s s n i t z e r K.: Der gerichtliche Sachverständige. 6. A., Köln/  
Berlin/Bonn/München 1976

- K a i s e r G.: Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Frankfurt a.M. 1972 (zit. Sozialkontrolle)
- Jugendrecht und Jugendkriminalität. Weinheim/Basel 1973 (zit. Jugendrecht)
- K a r p i n s k i K.: Der Sachverständige im Strafprozess. In: NJW 1968 S. 1173
- K e h l R.: Die gegenseitige Akten-Editionsspflicht der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte im schweizerischen Recht. Zürich 1955
- K e r n - R o x i n: Strafverfahrensrecht. 13. A., München 1975
- K l o p f e r R.: Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich. Diss. Zürich 1977
- K n e c h t H.: Kritische Gedanken zur Praxis der Akteneinsicht durch Dritte, insbesondere Versicherungen, im Zürcher Strafprozess. In: SJZ 64 (1968) S. 194 ff.
- K ö l z A.: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich. Zürich 1978
- K r a f t W.: Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen im Strafprozess. Diss. Göttingen 1974
- K r a u s s D.: Richter und Sachverständiger im Strafverfahren. In: ZStW 85 (1973) S. 320 ff.
- K ü h n e H.: Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafverfahren. In: NJW 1971 S. 224 ff.
- K u m m e r M.: Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes. 2. A., Bern 1974
- L a n g e l ü d d e k e A.: Gerichtliche Psychiatrie. 3. A., Berlin 1971
- L a n g m a c k H.: Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes. In: ZStR 1972 S. 67 ff.
- L e f f e r e n z H.: Die Persönlichkeitsbeurteilung jugendlicher Rechtsbrecher. In: Schaffstein F. (Hrsg.): Weg und Aufgabe des Jugendstraf-

- rechts. Darmstadt 1968, S. 464 ff. (zit. Persönlichkeitsbeurteilung)
- Die Kriminalprognose (Hrsg. Göppinger, Witter). In: Handbuch der forensischen Psychiatrie. Bd. II. Berlin/Heidelberg/New York 1972 (zit. Kriminalprognose)
- L e m p p R.: Forensische Jugendpsychiatrie. In: (Harbauer, Lempp, Hrsg.) Lehrbuch der speziellen Kinder- und Jugendpsychiatrie. Berlin/Heidelberg/New York 1971
- L e n c k n e r Th.: Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. In: NJW 1965 S. 321 ff. (zit. Aussagepflicht)
- Ärztliches Berufsgeheimnis. In: (Göppinger Hrsg.) Arzt und Recht. München 1966 (zit. Ärztliches Berufsgeheimnis)
- L ö w e - R o s e n b e r g: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar. 23. A., Berlin/New York 1976
- L ü r k e n G.: Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess. In: NJW 1968 S. 1161 ff.
- L u s s e r A.: Persönlichkeit und Bewährung. U.Diss. Bern 1973
- L u t z J.: Zum Begriff der Zurechnungsfähigkeit bei Kindern und Jugendlichen. In: Zeitschrift für Kinderpsychiatrie, Jg. I (1934) S. 101 ff. (zit. Zurechnungsfähigkeit)
- Ueber die Aufgaben der Psychiatrie bei der Beobachtung, der Bestimmung und dem Vollzug der Massnahmen im Schweizerischen Jugendstrafrecht. In: Zeitschrift für Kinderpsychiatrie, Jg. IX (1942) S. 34 ff. (zit. Aufgaben der Psychiatrie)
  - Jugendrichter und Kinderpsychiater. In: Pro Juventute Bd. 38 (1957) S. 54 ff. (zit. Jugendrichter)
  - Kinderpsychiatrie. 4. A., Zürich und Stuttgart 1972 (zit. Kinderpsychiatrie)
- M a i s c h H.: Methodische Aspekte psychologisch-psychiatrischer Täterbegutachtung - Zur Rolle des Sachverständigen im Strafprozess. In: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, Heft 5, 56/1973 S. 189 ff.

- M a s t r o n a r d i H.: Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozess. Diss. Bern 1936
- M a u r e r R.: Das Problem des Verschuldens im schweizerischen Jugendstrafrecht. Diss. Zürich 1959
- M a y e r H.: Der Sachverständige im Strafprozess. In: Festschrift für E. Mezger. München/Berlin 1954, S. 455 ff.
- M e i e r - H a y o z: Ist ein Arzt verpflichtet, Krankengeschichten an Gerichte herauszugeben? In: SJZ 45, S. 3 ff.
- M e i s s v o n R.: Die persönliche Geheimosphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren. Diss. Zürich 1975
- M e y e r M.: Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess. Diss. Zürich 1962
- M i e h e O.: Die Bedeutung der Tat im Jugendstrafrecht (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien. Göttingen 1964
- M o s e r T.: Repressive Kriminalpsychiatrie. Vom Elend einer Wissenschaft. Eine Streitschrift. 2. A., Frankfurt a. Main 1971
- M ü l l e r H.: Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, dargestellt am Beispiel des Kantons Zürich. Diss. Zürich 1975
- M ü l l e r K.: Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren. Frankfurt a. Main 1973
- N o l l P.: Das ärztliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Strafrecht. Sonderdruck aus "Schweizerische Beiträge zum fünften Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung", Zürich 1958 (zit. Berufsgeheimnis)
- Geheimnisschutz und Zeugnispflicht. In: Festgabe für M. Gerwig. Basel 1960, S. 135 ff. (zit. Geheimnisschutz)
- P a n h u y s e n U.: Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit. Diss. Berlin 1964
- P e t e r s K.: Grundprobleme der Kriminalpädagogik. Berlin 1960 (zit. Grundprobleme)
- Strafprozess. 2. A., Karlsruhe 1966 (zit. Strafprozess)
-

- Die Grundlagen der Behandlung junger Rechtsbrecher. In: Jugendkriminalität, Strafjustiz und Sozialpädagogik. (Hrsg. B. Simonsohn) Frankfurt a. Main 1969, S. 224 ff. (zit. Grundlagen)
  - Fehlerquellen im Strafprozess. 2. Bd., Karlsruhe 1972 (zit. Fehlerquellen II)
  - Fehlerquellen im Strafprozess. 3. Bd., Karlsruhe 1974 (zit. Fehlerquellen III)
- P f e n n i n g e r H.F.: Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren. In: Festgabe für Emil Zürcher. Bern 1920 (zit. Festgabe)
- Die Verteidigung im zürcherischen Jugendstrafrecht. In: ZStR 39 (1926) S. 54 ff. (zit. Verteidigung)
  - Das zürcherische Jugendstrafrecht. Zürich 1928 (zit. Zürcherisches Jugendstrafrecht)
  - Das Jugendstrafverfahren. Bericht über den III. Schweizerischen Jugendgerichtstag in Zürich. 24. und 25. Februar 1939, S. 23 ff. (zit. Jugendstrafverfahren).
  - Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerung im schweizerischen Strafverfahren. In: SJZ 54 S. 225 ff. (zit. Zeugnisrecht)
  - Der Verteidiger im schweizerischen Jugendstrafverfahren. In: Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes. Ausgewählte Aufsätze. Zürich 1966 (zit. Aufsätze)
- P o t r y k u s G.: Sachverständigenaufgaben im Jugendgerichtsgesetz. In: Schaffstein F. (Hrsg.): Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts. Darmstadt 1968, S. 533 ff.
- R a u c h H.: Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess. In: NJW 1968 S. 1173
- R e h b e r g J.: Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten. Sonderdruck aus "Gerichtsmedizin - Bindeglied zwischen Medizin und Recht". Festgabe für F. Schwarz. Bern 1968 S. 23 ff. (zit. Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter)

- R e h b e r g J.: Die strafrechtliche Seite des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In: Schweizerische Aerztezeitung, Separatdruck aus 50. Jg. 1969 Nr. 9, S. 233 ff. (zit. Berufsgeheimnis)
- Die Sanktionen im revidierten schweizerischen Jugendstrafrecht. In: Der Strafvollzug in der Schweiz. 1970/71 S. 6 ff. (zit. Sanktionen)
  - Zum Verhältnis von Strafe und Massnahme im schweizerischen Jugendstrafrecht. In: ZStR 87 (1971) S. 225 ff. (zit. Verhältnis)
  - Vorlesungsskriptum. Strafrecht II. Strafen und Massnahmen, 2. A., Zürich 1977 (zit. Vorlesungsskriptum)
- R e i c h l i n P.: Die Schweigepflicht des Verwaltungsbeamten. Zürich 1953. In: Beiträge zur Schweizerischen Verwaltungskunde, Heft 33
- R e m p l e i n H.: Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter. 7. A., München 1958
- R i e d e r R.: Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess. Diss. Zürich 1965
- R o m F.: Die Bedeutung des psychiatrischen Gutachtens im schweizerischen Strafrecht. Diss. Zürich 1953
- R o s e n f e l d E.: Das Reichsstrafprozessrecht, Berlin 1909
- R u s s e k R.: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Diss. Zürich 1954
- S a m e l i W.: Die Persönlichkeitserforschung im Jugendstrafrecht. In: Pro Juventute, Bd. 38 (1957) S. 48 ff.
- S a r s t e d t W.: Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess. In: NJW 1968 S. 177 ff.
- S c h a f f s t e i n F. (Hrsg.): Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts. Darmstadt 1968 S. 533 ff.
- Jugendstrafrecht. 5. A., Stuttgart 1975
- S c h m i d t E.: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil II. Göttingen 1957 (zit. Lehrkommentar II)
- Gehört der Sachverständige auf die Richterbank? In: JZ 1961 S. 585 ff. (zit. Der Sachverständige)

- Deutsches Strafprozessrecht. Göttingen 1967 (zit. Deutsches Strafprozessrecht)
- S c h o r n H.: Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren. Neuwied a.Rh. 1963
- S c h u l t e / T ö l l e: Psychiatrie. 2. A., Berlin/Heidelberg/New York 1973
- S c h u l t z H.: Die Nebenstrafen nach Strafgesetzbuch und ihre Wirkungen nach der Bundesverfassung. In: Der Strafvollzug in der Schweiz. N 54, 1966 S. 1 ff. (zit. Nebenstrafen)
- Das amtsärztliche Berufsgeheimnis. In: Bulletin des Eidgenössischen Gesundheitsamtes. Beilage B Jg. 1969 S. 17 ff. (zit. Amtsärztliches Berufsgeheimnis)
- Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. Bd. I. Bern 1973 (zit. Einführung I)
- Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. Bd. II, Bern 1973 (zit. Einführung II)
- S c h w a r z F.: Zur Sachverständigentätigkeit des Arztes. In: Festschrift für H.F. Pfenninger, Zürich 1956 (zit. Sachverständigentätigkeit)
- Das ärztliche Berufsgeheimnis. In: Schweizerische Aerztezeitung, Separatdruck aus 50. Jg. 1969 Nr. 9 S. 231 ff. (zit. Das ärztliche Berufsgeheimnis)
- S c h w a n d e r V.: Das Schweizerische Strafgesetzbuch. 2. A., Bern 1964, Nachdruck 1969
- S i m m o n s J.E.: Anleitung zur psychiatrischen Untersuchung von Kindern. Stuttgart 1972
- S i m o n s o h n B.: Der junge Mensch vor Gericht. In: Jugendkriminalität, Strafjustiz und Sozialpädagogik. B. Simonsohn (Hrsg.), Frankfurt a. Main 1969, S. 196 ff.
- S p r a n g e r E.: Psychologie des Jugendalters. 28. A., Heidelberg 1966

- S t i e g e r - G m ü r R.: Gerechtigkeit im Strafrecht durch Individualisierung? Diss. Zürich 1976
- S t r ä u l i / H a u s e r: Zürcherische Rechtspflegegesetze, II. Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. April 1913. 2. A., Zürich 1939
- S t r a t e n w e r t h G.: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. 2 Bände, Bern 1973 und 1974 (zit. I und II)
- S t u t t e H.: Grenzen der Sozialpädagogik. Neue Schriftenreihe des allgemeinen Fürsorgeerziehungstages. Heft 12/1958 S. 41 ff.
- T i n n e r R.: Das rechtliche Gehör. In: ZSR 1964 II S. 295 ff.
- T h o r m a n n / v. O v e r b e c k: Das Schweizerische Strafgesetzbuch. 1. Band. Allg. Bestimmungen. Zürich 1940
- T r a m e r M.: Aufgaben der Psychiatrie im Schweiz. Jugendstrafrecht. In: Zeitschrift für Kinderpsychiatrie, Bd. VII, 1941 S. 132 ff. (zit. Aufgaben der Psychiatrie)
- Leitfaden der jugendrechtlichen Psychiatrie. Basel 1947 (zit. Leitfaden)
  - Lehrbuch der allgemeinen Kinderpsychiatrie einschliesslich der allgemeinen Psychiatrie der Pubertät und Adoleszenz. 4. A., Basel 1964 (zit. Kinderpsychiatrie)
- U l r i c h A.: Das ärztliche Geheimnis. Diss. Zürich 1934
- V e i l l a r d M.: Le Code Pénal Suisse et les mineurs délinquants en pratique. In: ZStR 58 (1944) S. 194 ff. (zit. Le Code Pénal)
- Le "traitement spécial", mesure applicable aux mineurs selon le Code Pénal Suisse. In: ZStR 68 (1953) S. 208 ff. (zit. Le traitement spécial)
- V o s s e n R.: Das revidierte Massnahmenrecht aus der Sicht des Psychiaters. In: ZStR 89 (1973) S. 113 ff. (zit. Das revidierte Massnahmenrecht)
- Möglichkeiten und Grenzen des forensisch-psychiatrischen Gutachtens. In: Probleme des gerichtspsychiatrischen und -psychologischen Gutach-

tens (J. Rehberg, Hrsg.), Diessenhofen 1976, S. 13 ff. (zit. Möglichkeiten und Grenzen)

W a l d e r H.: Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess. In: ZStR 82, S. 36 ff.

W e t t s t e i n E.J.: Der Oeffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozess. Diss. Zürich 1966

W e t t s t e i n H.: Die Weisung im schweizerischen Jugendstrafrecht. Diss. Zürich 1975

W ü r t e m b e r g e r Th.: Zur Beurteilung der Persönlichkeit des Rechtsbrechers vor dem richterlichen Urteil. In: NJW 1952 S. 249 ff.

W y r s c h J.: Gerichtliche Psychiatrie. Bern 1955

Z i p k e s R.: Die Verteidigung im Jugendstrafrecht. In: Pro Juventute 1946 S. 304 ff.

Z ü b l i n W.: Das schwierige Kind. Stuttgart 1967

Z ü r c h e r E.: Das Amtsgeheimnis nach eidg. und zürch. Recht. In: Zbl 2 (1901/02) S. 9 ff.

ABKÜRZUNGEN UND PERIODIKA

|                 |                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Amtsblatt       | Amtsblatt des Kantons Zürich, Textteil                                                                                                                                                                                    |
| Antrag RR       | Gesetz über die Aenderung der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Antrag des Regierungsrates vom 29. März 1972, Amtsblatt 1972, 650 ff. |
| AnwG            | Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf (Anwalts-gesetz) vom 3. Juli 1938                                                                                                                                                      |
| BG              | Bundesgesetz                                                                                                                                                                                                              |
| BGE             | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesge-richtes (Lausanne)                                                                                                                                                            |
| BGH             | (deutscher) Bundesgerichtshof                                                                                                                                                                                             |
| BGHSt           | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Köln, München, Berlin)                                                                                                                                             |
| BJM             | Basler Juristische Mitteilungen                                                                                                                                                                                           |
| BV              | Bundesverfassung                                                                                                                                                                                                          |
| E. oder Erw.    | Erwägung                                                                                                                                                                                                                  |
| EG              | Einführungsgesetz zum schweiz. Strafgesetz-buch (EG zum StGB) v. 6. Juli 1941, OS 36, 380                                                                                                                                 |
| Erl.            | Erläuterung                                                                                                                                                                                                               |
| FN              | Fussnote                                                                                                                                                                                                                  |
| JGG             | Jugendgerichtsgesetz (deutsches) vom 4. August 1953                                                                                                                                                                       |
| JGG-Richtlinien | Richtlinien zu den Paragraphen des JGG, zu fin-<br>den in den Kommentaren von Dallinger/Lackner<br>und Brunner/Grethlein (sh. Literaturverzeichnis)                                                                       |
| JR              | Juristische Rundschau (Berlin)                                                                                                                                                                                            |
| JZ              | Juristenzeitung (Tübingen)                                                                                                                                                                                                |

|           |                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| KV        | Kantonsverfassung                                                                                                                                                                                                              |
| KrimJ     | Kriminologisches Journal                                                                                                                                                                                                       |
| Leitsätze | Pro Juventute Leitsätze zum Jugendstrafrecht, abgedruckt in ZStR 53 (1939) S. 248 ff.                                                                                                                                          |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift (München, Berlin)                                                                                                                                                                               |
| OLG       | Oberlandesgericht                                                                                                                                                                                                              |
| OS        | Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich                                                                                                  |
| Prot. KK  | Protokoll der kantonsrätlichen Expertenkommission zur Vorlage 1816 betr. die Teilrevision der Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 (unveröffentlicht)                                                                           |
| Pro Juv.  | Pro Juventute                                                                                                                                                                                                                  |
| Rdn.      | Randnummer                                                                                                                                                                                                                     |
| R         | Richtlinien für das Jugendstrafverfahren, herausgegeben durch die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege, April 1971                                                                                           |
| Revue     | Revue internationale de criminologie et de police technique (Genf)                                                                                                                                                             |
| SAeZ      | Schweizerische Aerztezeitung                                                                                                                                                                                                   |
| SJZ       | Schweizerische Juristenzeitung                                                                                                                                                                                                 |
| StGB      | Schweizerisches Strafgesetzbuch                                                                                                                                                                                                |
| StPO      | Strafprozessordnung. Sofern im Text lediglich die Bezeichnung StPO verwendet wird, ist damit die zürcherische gemeint. Die Zitierung anderer kantonalen Strafprozessordnungen wird jeweils an gegebenem Ort näher umschrieben. |
| dStPO     | Deutsche Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877                                                                                                                                                                               |

|                 |                                                                                          |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| VE              | Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch                                      |
| Vorbem.         | Vorbemerkung                                                                             |
| Zbl.            | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)                 |
| ZBJV            | Zeitschrift des Bernerischen Juristenvereins (Bern)                                      |
| ZG              | Zürcher Gesetzessammlung, am 1. Januar 1961 in Kraft stehende Erlasse des Kantons Zürich |
| ZR              | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung                                                  |
| ZSR NF          | Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge (Basel)                                |
| ZStR oder ZStrR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)                                         |
| ZStW            | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)                             |

## VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN

### Bundesrecht

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937

Bundesgesetz vom 18. März 1971 betreffend Aenderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (zit. StGB-Revision von 1971)

### Kantonales Recht (Zürich)

Einführungsgesetz zum schweizerischen Strafgesetzbuch vom 6. Juli 1941 (EGStGB)

Gesetz betreffend den Strafprozess vom 4. Mai 1919

Gesetz über die Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Strafprozessordnung und des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1974 (zit. StPO-Revision von 1974)

Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (zit. GVG-Revision von 1976)

Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (ZPO)

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai 1959 (VRG)

Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf (Anwaltsgesetz) vom 3. Juli 1938 (AnwG)

### Deutschland

Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953 mit Richtlinien und Erläuterungen (JGG)

Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877 (dStPO)

Weitere verwendete Rechtsquellen werden im Text zitiert.



## Einleitung

Während meiner praktischen Tätigkeit auf einer Jugendanwaltschaft wurde ich wiederholt mit Problemen im Zusammenhang mit dem pädagogisch-psychiatrischen Gutachten konfrontiert. Von besonderer Aktualität erwies sich dabei das Problem der unsachgemässen Verwendung dieser Gutachten.

Beim pädagogisch-psychiatrischen Gutachten handelt es sich um ein wichtiges Mittel zur Erforschung der Persönlichkeit des minderjährigen Täters. Es wird vom gerichtlichen Auftraggeber in all den Fällen eingeholt, welche eine spezielle Problematik aufweisen und bei welchen die oft schwierige Frage nach Indikation und Art von jugendstrafrechtlichen Massnahmen zur Diskussion steht. Um der gerichtlichen Behörde ein aufschlussreiches Bild über die möglichen Ursachen der Schwierigkeiten und Störungen des Minderjährigen zu vermitteln, die zur Delinquenz geführt haben und um die Massnahmenvorschläge zu begründen, sollte der Psychiater die Gutachtensergebnisse je nach Fragestellung und Problematik möglichst ausführlich darstellen. Da im Jugendstrafrecht den Erziehungs- und Umweltsverhältnissen eine grosse Bedeutung zukommt, sind auch die Angehörigen viel mehr in die Begutachtung miteinzu beziehen als im Erwachsenenstrafverfahren.

Ein solches Gutachten kann nun unerwünschte, dem jugendstrafrechtlichen Gedankengut zuwiderlaufende Wirkungen entfalten, wenn der Minderjährige oder die Eltern damit auf unsachgemässe Weise konfrontiert werden, sei es durch direkte Einsichtnahme ohne fachmännische Erläuterung oder durch eine ungeeignete Orientierung. Abgesehen davon, dass die Weiterentwicklung des Minderjährigen negativ beeinflusst werden kann, wird die Beziehung zu seinen Betreuern vielfach einer grossen Belastung ausgesetzt, und der allfällige Massnahmenvollzug kann erheblich erschwert werden.

Auf die Eltern können die Ausführungen des Experten verletzend wirken, wodurch eine gute Zusammenarbeit mit den Vollzugsbehörden in Frage gestellt wird. Auch die Einsichtnahme in ein pädagogisch-psychiatrisches Gutachten durch Drittpersonen kann nachteilige Folgen zeitigen, weil durch Vorurteile die Weiterentwicklung und das Fortkommen des Minderjährigen erschwert und der gute Ruf der Angehörigen in Mitleidenschaft gezogen werden kann.

Ausserdem besteht die Gefahr, dass von Dritten eine in erzieherischer Hinsicht ungeeignete Orientierung ausgeht oder dass Drittpersonen dem Minderjährigen und den Eltern das Gutachten zum Lesen aushändigen.

Wie anlässlich von Gesprächen mit verschiedenen Psychiatern zu erfahren war, sehen sich diese angesichts all dieser möglichen Gefahren oft veranlasst, das Gutachten so zurückhaltend abzufassen, dass es vielfach nicht mehr aussagekräftig ist und somit als wichtige verfahrensrechtliche Beurteilungsgrundlage dahinfällt. Dieses Problem stellt sich in gleicher Weise für andere Gutachten und Berichte, welche sich auf die Persönlichkeit eines jungen Menschen beziehen.

Aufgabe dieser Arbeit soll es nun sein, anhand der zürcherischen Verfahrensordnung zu prüfen, ob und wieweit der Minderjährige und auch die Eltern vor den Folgen einer missbräuchlichen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens geschützt sind und welche Aenderungen allenfalls de lege ferenda notwendig sind. Da diese Arbeit entsprechend dem chronologischen Ablauf des Jugendstrafverfahrens aufgebaut ist, kommt dieses Hauptproblem erst im vierten Teil zur Sprache.

Neben dem Problem der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens gelangen noch andere Rechtsprobleme zur Darstellung. Im Bewusstsein dessen, dass die ausführliche Behandlung sämtlicher, die Begutachtung betreffenden Probleme ein zu grosses Unterfangen wäre, galt es, sich auf die wichtigsten zu beschränken, insbesondere da auf diesem Gebiet bereits eine reichhaltige Literatur besteht.

Im Anschluss an die Darstellung der Grundlagen im ersten Teil, werden im zweiten Teil die im Stadium der Begutachtung auftretenden Rechtsprobleme behandelt. Zunächst fragt sich im Zusammenhang mit der Erörterung der Stellung des Sachverständigen, ob es vom prozessrechtlichen Standpunkt aus gerechtfertigt sei, dass der Psychiater und andere an der Begutachtung beteiligte Personen sowie der Jugendanwalt im Rahmen der sogenannten Schlussbesprechung gemeinsam nach einer geeigneten Lösung suchen. Ferner wird der Frage nachgegangen, ob im Hinblick auf eine mögliche Voreingenommenheit des Sachverständigen diesem eine uneingeschränkte Einsicht in die Gerichtsakten zu gewähren sei. Des weiteren wird geprüft, ob der Sachverständige zur selbst-

ständigen Einholung von Informationen legitimiert sei. Schliesslich wird untersucht, ob der richterliche Auftraggeber das Ausgangsmaterial (die sog. Anknüpfungstatsachen) vorgängig durch Zeugeneinvernahmen überprüfen sollte, damit der Psychiater von erwiesenen Tatsachen ausgehen kann und somit nicht Gefahr läuft, ein unrichtiges Gutachten abzuliefern. Ein sehr wichtiges Problem betrifft sodann die Frage nach Natur, Inhalt und Umfang der Geheimhaltungspflicht. In diesem zweiten Teil wird ferner der Begutachtungsvorgang aufgezeigt und in diesem Zusammenhang wird auf die Schranken der ärztlichen Untersuchungstätigkeit hingewiesen, welche sich aus dem Individualrecht der persönlichen Freiheit ergeben.

Im dritten Teil wird auf die Verwertung des Gutachtens durch den Richter eingegangen. In diesem Rahmen wird dargelegt, wie sich die Würdigung des Gutachtens durch den Richter gestaltet, und es wird zur Sprache kommen, ob und wieweit der Richter an die Schlussfolgerungen des Experten gebunden ist. Schliesslich wird gezeigt, in welchen Fällen sich eine nochmalige Begutachtung aufdrängt.

## 1. Teil: GRUNDLAGEN

---

### § 1 Der Stellenwert des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens im Jugendstrafrecht

#### I. Die Beziehung der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie zum Jugendstrafrecht

##### A. Wesen und Aufgaben des Jugendstrafrechts

##### 1. Die Begründung des Jugendstrafrechts als Sonderstrafrecht

Die Erkenntnis, dass die Jugend in rechtlicher und soziologischer Hinsicht nicht nur aus der Rechtssphäre und Vorstellungswelt der Erwachsenen betrachtet werden darf, sondern vielmehr einen eigenen Gesellschaftsbereich darstellt, führte auch in der Schweiz zur Begründung eines Sonderstrafrechts für minderjährige Täter<sup>1 2</sup>. Darunter fallen nach der Bezeichnung des Gesetzgebers "Kinder", d.h. Personen, die zur Zeit der Tat das 7., jedoch nicht das 15. Altersjahr vollendet haben sowie "Jugendliche", d.h. Täter zwischen dem 15. und 18. Lebensjahr<sup>3</sup>.

Zur Begründung dieses Sonderrechtes waren u.a. folgende Gesichtspunkte massgebend:

- Die Entwicklung der Verstandes-, Willens-, Trieb- und Gemütskräfte des jungen Menschen ist noch nicht abgeschlossen und weitgehend von Erziehung und Milieu abhängig, weshalb die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit einen besonderen Aspekt erhält<sup>4</sup>.

---

1 Peters, Grundlagen S. 224, sh. dazu ferner u.a. Spranger S. 42 ff.

2 Zur geschichtlichen Entwicklung des Jugendstrafrechts, sh. etwa Guggenheim S. 26 ff., Menzi S. 15 ff.

3 Aus Gründen der Vereinfachung ist im folgenden vom Minderjährigen die Rede. Die spezielle Bezeichnung "Kind" bzw. "Jugendlicher" wird nur dort angeführt, wo der Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung der beiden Altersgruppen vorgesehen hat.

4 Sh. hinten S. 16 ff.

- Im Uebergang von der Kindheit zum Erwachsenenalter treten in erhöhtem Masse innere und äussere Spannungen auf, die biologisch durch den Vorgang der Pubertät und soziologisch durch die Notwendigkeit der Anpassung an die Rolle des Erwachsenseins bedingt sind <sup>5</sup>.
- Der junge Mensch ist Umweltseinflüssen gegenüber besonders empfänglich, also noch formbar, und steht weitgehend in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Umgebung <sup>6</sup>.
- Deliktische Handlungen treten in vielen Fällen als eine einmalige, in sich abgeschlossene Episode im Sinne der Gelegenheitsdelinquenz auf.

## 2. Das Jugendstrafrecht als Erziehungs- und Fürsorgestrafrecht

Die wichtigste Aufgabe des Jugendstrafrechts liegt - abgesehen vom repressiven Schutz der Rechtsordnung <sup>7</sup> - in der Bekämpfung weiterer strafbarer Handlungen <sup>8</sup>.

Jugendkriminalität ist oft Folge eines fehlenden Sozialisierungsprozesses im Sinne "eines organischen Hineinwachsens in die verbindliche Kultur und Wertwelt" <sup>9</sup>. Verschiedene kriminologische Theorien basieren auf der Erkenntnis, dass Delinquenz und überhaupt dissoziales Verhalten <sup>10</sup> durch Persönlichkeitsschädigungen und Fehlentwicklungen vorbereitet wird, "die in frühester Kindheit einsetzen und durch spätere, hauptsächlich milieubedingte 'Verstärkerfaktoren' verfestigt werden" <sup>11</sup>. Gerade die Tatsache, dass der

---

5 Schaffstein S. 12; sh. ferner u.a. Brückner S. 17/18, Wettstein S. 14

6 Schaffstein S. 14

7 Die Rechtsordnung kann sich nur dann bewähren, wenn grundsätzlich jedes festgestellte Delikt strafrechtlich geahndet wird. Sh. dazu Hilty S. 59, ferner Rehberg, Verhältnis S. 237

8 Zu den Aufgaben des Jugendstrafrechtes, sh. etwa Girsberger S. 11 ff.

9 Brunner/Grethlein S. 8

10 Unter den Begriff "Dissozialität" fallen nach Hartmann sämtliche Abweichungen von der sozialen Norm. Die Kriminalität stellt eine Subkategorie der Dissozialität dar, insofern als es bei ihr um inkriminierte Abweichungen von der sozialen Norm handelt (Hartmann S. 28).

11 Sh. Girsberger S. 21

junge Mensch Umweltseinflüssen gegenüber besonders empfänglich ist, kann zur Straffälligkeit führen, wenn Umstände wie zerrüttete Familienverhältnisse, Erziehungsmängel, schlechtes Beispiel der Erzieher, Verführung durch Gleichaltrige etc. vorliegen <sup>12</sup>.

Jugendkriminalität ist jedoch nicht immer Ausdruck einer Fehlentwicklung oder Persönlichkeitsschädigung. Vielmehr handelt es sich in den meisten Fällen um eine "nicht pathologische und keineswegs aussergewöhnliche Erscheinungsform eines bestimmten biologischen und sozialen Entwicklungsstadiums, das jeder normale Mensch im Jugendalter zu durchlaufen hat" <sup>13</sup>. Gemeint ist damit die im vorhergehenden Abschnitt angedeutete Gelegenheitsdelinquenz oder die Kriminalität der "Normalen" <sup>14</sup> bzw. der "Normalentwickelten" <sup>15 16</sup>.

Um die Jugendkriminalität wirksam zu bekämpfen, sieht der Staat folgende Möglichkeiten vor:

Liegt eine Persönlichkeitsschädigung oder Fehlentwicklung vor, so versucht er, diese nach Möglichkeit rückgängig zu machen und dem Minderjährigen zu einer Persönlichkeitsentwicklung unter günstigeren Voraussetzungen zu verhelfen <sup>17</sup>. Auf diese Weise soll es ihm ermöglicht werden, den Forderungen, welche die Gemeinschaft für ein reibungsloses Zusammenleben aufstellt, selbstständig nachzukommen. Der junge Täter soll m.a.W. zur sozialen Einordnung, Gemeinschaftsfähigkeit und Lebenstüchtigkeit erzogen werden <sup>18</sup>.

Im Falle der Gelegenheitsdelinquenz kann sich der Staat damit begnügen, das Kind oder den Jugendlichen auf das begangene Unrecht und die verletzte Rechtsordnung aufmerksam zu machen und sie zu normgemäßem Verhalten hinzuführen <sup>19</sup>. Der Minderjährige soll kurz gesagt wiederum in die Rechtsgemeinschaft integriert werden.

---

12 Schaffstein S. 14

13 Brunner/Grethlein S. 3

14 Schultz, Einführung II S. 166

15 Brunner/Grethlein a.a.O.

16 Zu den Entstehungszusammenhängen der Jugendkriminalität, sh. Schaffstein S. 11 ff. und dort zit. Autoren

17 Girsberger S. 22

18 Sh. dazu Boehlen S. 20

19 Wettstein S. 19

Angeichts der entwicklungsbedingten Eigenarten des jungen Menschen, wie besondere Formbarkeit und Milieuabhängigkeit, wird der Ausgestaltung der jugendstrafrechtlichen Sanktionen die Leitidee der Erziehung und Fürsorge zugrundegelegt<sup>20</sup>. Deshalb kann das Jugendstrafrecht als Erziehungs- und Fürsorgestrafrecht bezeichnet werden. Bei denjenigen Tätern, welche Fehlentwicklungen und Persönlichkeitsschädigungen aufweisen, werden je nach Erscheinungsbild erzieherisch oder therapeutisch konzipierte Massnahmen angeordnet. Die normal entwickelten Minderjährigen dagegen werden bestraft, wobei auch die Strafe vom Erziehungsgedanken geprägt ist<sup>21</sup>.

Das Jugendstrafrecht wird somit vom Prinzip der Spezialprävention i.S. der Erziehung, Heilung und Resozialisierung oder - angesichts des meist unterbliebenen Sozialisierungsprozesses - der Sozialisierung beherrscht. Auf das Vergeltungsdenken, wie es das Erwachsenenstrafrecht kennt, wird im Jugendstrafrecht verzichtet<sup>22</sup>. Ebenso wenig Platz finden in diesem Sonderstrafrecht generalpräventive Ueberlegungen<sup>23</sup>; d.h. eine abschreckende Wirkung auf die Umwelt wird durch das ausgesprochene Urteil nicht angestrebt.

Obwohl das Jugendstrafrecht seinem materiellen Gehalt nach dem Fürsorge-recht näher steht als dem "traditionellen Strafrecht"<sup>24</sup>, ist es unbestrittenermassen Strafrecht, da es im StGB geregelt ist und eine Sanktion gemäss Art. 82 bzw. 89 StGB zudem nur dann angeordnet werden kann, wenn der minderjährige Täter "eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte Tat" begangen hat.

---

20 Vgl. Art. 3 des vor dem Inkrafttreten des StGB geltenden Gesetzes über die Jugendrechtspflege des Kantons Bern vom 11. Mai 1930: "Bestimmend für die Auswahl der Massnahmen und Strafen ist das Wohl des fehlbaren Kindes oder Jugendlichen; das Ziel ist Erziehung und Fürsorge ..." Dieser Grundsatz liegt unbestrittenermassen auch dem heutigen Jugendstrafrecht zugrunde. Sh. u.a. Schultz, Einführung II S. 160

21 Zu den einzelnen Sanktionen, sh. hinten S. 10 ff.

22 Sh. Rehberg Sanktionen S. 6, Maurer S. 3

23 Vgl. Wettstein S. 17, Girsberger S. 14

24 Boehlen S. 15

### 3. Das Jugendstrafrecht als Täterstrafrecht

Da jedes pädagogische und auch therapeutische Wirken auf die individuellen Bedürfnisse des Einzelnen abstellt und zielgerichtet ist, steht als Konsequenz der spezialpräventiven Ausrichtung des Jugendstrafrechtes die Erforschung der Persönlichkeit des jungen Täters im Vordergrund <sup>25</sup>. Um es mit Miehe auszudrücken: "Die Kennzeichnung 'Täterstrafrecht' wird dem geltenden Jugendstrafrecht ... darum zuteil, weil es Besserungs-, nämlich Erziehungsstrafrecht ist". <sup>26</sup> Der Staat hat sich den primären Straf- und Erziehungsanspruch gegenüber dem straffälligen Minderjährigen vorbehalten <sup>27</sup>. Damit hat er die Pflicht, die bestmögliche Sanktion auszuwählen und dafür indirekt die Ursachen zu erforschen, die zur Delinquenz geführt haben <sup>28</sup>. Im Jugendstrafrecht erscheint also die Täterpersönlichkeit als entscheidendes Anknüpfungskriterium für die staatliche Reaktion. Die Schwere der Tat spielt für die Wahl und Bemessung der Sanktion grundsätzlich keine Rolle <sup>29</sup>. Der strafbaren Handlung kommt im Jugendstrafrecht symptomatische Bedeutung zu. Sie kann u.U. wichtige Aufschlüsse über eine allfällige Fehlentwicklung des Kindes oder Jugendlichen vermitteln <sup>30</sup>, denn oft besteht zwischen Täter und Tat eine enge Wechselbeziehung <sup>31</sup>.

---

25 Zur Persönlichkeitserforschung, sh. hinten S. 23 ff.

26 Miehe S. 6

27 Im Jugendstrafrecht gehen die staatlichen Sanktionen den zivilrechtlichen Anordnungen im Rahmen der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt vor.

28 Frey, Persönlichkeitserforschung S. 297

29 Vgl. Rehberg, Vorlesungsskriptum S. 48, ferner Boehlen S. 17. Dies ist allerdings in bezug auf die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen nicht unbestritten. Sh. Näheres bei Boehlen S. 19 ff.

30 Zur symptomatischen Bedeutung der Tat, sh. u.a. Schaffstein S. 14, Brunner/Grethlein S. 3, Tramer, Leitfaden S. 14

31 Vgl. Frey, Rückfallsverbrecher S. 297, welcher am selben Ort die Tat als ein "Fenster, das Einblick in die Täterpersönlichkeit gewährt" bezeichnet. Es liegt jedoch nicht in allen Fällen eine dynamische Einheit von Täter und Tat vor. So hat es sich in der Praxis schon oft gezeigt, dass hinter einer vom objektiven Standpunkt aus leicht zu beurteilenden Tat eine "problematische" Persönlichkeit stehen kann, während andererseits eine objektiv schwere Tat u.U. als Ausnahmeerscheinung zu qualifizieren ist.

Weil sich die jugendstrafrechtliche Sanktion nach dem individuellen Zustand und den Bedürfnissen des Minderjährigen ausrichtet, wird im Jugendstrafrecht eine weitgehende Differenzierung und Individualisierung angestrebt.

#### 4. Das Jugendstrafrecht als Massnahmenrecht

##### a) Die Einteilung der minderjährigen Täter in verschiedene Behandlungsgruppen

##### aa) Allgemeines

Im Jugendstrafrecht werden die Kinder und Jugendlichen in drei Behandlungsgruppen eingeteilt: in 'Erziehungsbedürftige', 'Behandlungsbedürftige' und 'Normale' <sup>32</sup>. Gegenüber Tätern aus den ersten beiden Kategorien gelangen Massnahmen zur Anwendung, Minderjährige aus der letztgenannten Gruppe sind dagegen zu bestrafen <sup>33</sup>.

Bei den Massnahmen wie auch den Strafen handelt es sich um Erziehungsmittel. Während sich nach Meinung von Rehberg bei der Strafe der erzieherische Eingriff auf einen sinnvollen Ausgleich des Unrechts beschränkt, ist die Massnahme "darüberhinausgehende Beeinflussung eines aussergewöhnlichen Zustandes" <sup>34</sup>. So zeichnen sich die Massnahmen im Gegensatz zu den Strafen durch ihre unbestimmte Dauer aus, was sich damit begründen lässt, dass der erzieherisch oder krankhaft bedingte Mangelzustand nach Möglichkeit behoben wer-

---

32 Thormann/v. Overbeck S. 244. Zur Darstellung und Kritik der Kategorisierung der minderjährigen Täter, sh. Ausführungen bei Stieger-Gmür S. 75 ff.

33 Neben diesen drei Hauptkategorien existieren im Jugendstrafrecht noch weitere Kategorien, nämlich diejenige der "besonders Verdorbenen" gem. Art. 91 Ziff. 2 StGB, sodann die Gruppe der Jugendlichen, bei denen nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann, welcher Kategorie sie zuzurechnen sind, was gem. Art. 97 StGB den sog. Aufschub des Entscheides bedingt und schliesslich die Kategorie der Kinder und Jugendlichen, bei welchen infolge anderweitiger Anordnung von Massnahmen oder Strafen, wegen Betätigung aufrichtiger Reue oder infolge Zeitablaufs von Strafen oder Massnahmen abgesehen werden kann. Sh. Stieger-Gmür S. 111

34 Rehberg, Verhältnis S. 233

den sollte. Welcher Zeitraum dazu notwendig ist, lässt sich nie voraussagen<sup>35</sup>. Ferner kann die Massnahme im Gegensatz zur Strafe jederzeit abgeändert werden<sup>36</sup>. Beide Sanktionsmittel bringen jedoch zwangsweise Eingriffe in die Rechtsgüter des Minderjährigen mit sich und werden von diesem als Uebelszufügung empfunden<sup>37</sup>. Nach Ansicht von Schultz ist denn auch der Unterscheidung zwischen Strafen und Massnahmen keine grosse Bedeutung beizumessen. Er schreibt im Zusammenhang mit dem Erwachsenenstrafrecht folgendes: "Der Unterschied beider Sanktionsarten ist nur ein gradueller: die Strafe ist stärker vergangenheitsbezogen und dem Gedanken des Ausgleichs verhaftet; die sichernde Massnahme ist deutlich zukunftsbezogen. Doch, weder fehlen der Massnahme stark repressive Momente noch entbehrt die Strafe jeder Zukunftsrichtung ..."<sup>38</sup>. Wenn es, wie auch Stieger-Gmür zu Recht bemerkt, wenig ergiebig erscheint, Massnahmen und Strafen ihrem Wesen nach abzugrenzen, so sind doch stets die unterschiedlichen Voraussetzungen der Anordnung der beiden Sanktionsarten auseinanderzuhalten<sup>39</sup>.

Im folgenden werden die drei Behandlungsgruppen sowie die Voraussetzungen zur Anordnung der ihnen entsprechenden Sanktionen kurz charakterisiert.

#### bb) Die Erziehungsbedürftigen

Gem. Art. 84 Abs. 1 und 91 Ziff. 1 Abs. 1 StGB werden Erziehungsmassnahmen in Form der Erziehungshilfe<sup>40</sup>, Unterbringung in einer geeigneten Fremdfamilie oder in einem Erziehungsheim angeordnet, wenn der Minderjährige "einer besonderen erzieherischen Betreuung" bedarf, "namentlich wenn er schwerer-ziehbar, verwahrlost oder erheblich gefährdet ist."

---

35 Vgl. Menzi S. 35

36 Art. 86 und 93 StGB

37 Vgl. Rehberg a.a.O.

38 Schultz, Nebenstrafen S. 5

39 Stieger-Gmür S. 87

40 Bei der Erziehungshilfe wird der minderjährige Täter unter aktiver pädagogischer Betreuung in der bisherigen Umgebung belassen.

Als allgemeine Voraussetzung dafür, eine Erziehungsmassnahme zu verhängen, gilt das Bedürfnis nach einer besonderen erzieherischen Betreuung. Es handelt sich dabei um eine ihrer Begriffsbestimmung nach uneinheitliche und werthaltige <sup>41</sup> Generalklausel, die im Gesetz nicht definiert wird. Die besondere erzieherische Betreuungsbedürftigkeit wird lediglich durch die Beispiele "Schwererziehbarkeit", "Verwahrlosung" und "erhebliche Gefährdung" angedeutet, Begriffe, welche das StGB ebenfalls nicht näher erklärt <sup>42</sup>.

Das Bedürfnis nach einer besonderen erzieherischen Betreuung liegt etwa dann vor, wenn die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen zur vollwertigen sozialen Persönlichkeit schwerwiegend gestört ist oder einen erheblichen Rückstand aufweist <sup>43</sup>. Die Erziehungsmassnahme ist da berechtigt, wo nicht mehr auf die eigenen Kräfte des Täters und seiner Erzieher vertraut werden kann, sondern eine längere pädagogische Einwirkung von Drittpersonen notwendig ist <sup>44</sup>. Als Richtlinie gilt das Mass an Sozialität des Minderjährigen, d.h. ein Verhalten, wie man es von einem jungen Menschen eines bestimmten Alters erwarten darf. Dieses Mass muss in objektiv erkennbarer Weise unterschritten werden, um ein besonderes erzieherisches Bedürfnis zu implizieren <sup>45</sup>.

Von entscheidender Bedeutung ist das Merkmal "Verwahrlosung". Dieser Begriff entstammt der Pädagogik, Psychiatrie und Psychologie <sup>46</sup>. Obwohl er in psy-

---

41 Stieger-Gmür S. 166

42 Im alten Gesetzestext wurden die subjektiven Voraussetzungen zur Anordnung einer Erziehungsmassnahme mit "sittlich verwahrlost, verdorben oder gefährdet" umschrieben. Die Revision des StGB von 1971 führte die Generalklausel des Bedürfnisses nach einer "besonderen erzieherischen Betreuung" ein (die Begriffe Schwererziehbarkeit, Verwahrlosung und erhebliche Gefährdung sind nur exemplikativ zu verstehen, was im Gesetz mit der Bezeichnung "namentlich" zum Ausdruck kommt). Sodann wurde die begrüssenswerte Neuformulierung "schwererziehbar" anstelle des diskriminierenden Begriffes "verdorben" vorgenommen, das nicht mehr zeitgemässe Prädikat "sittlich" gestrichen und der Gefährdung schliesslich der Zusatz "erheblich" angefügt, was einer Anpassung des Gesetzestextes an die bisherige Praxis gleichkam.

43 Vgl. Wettstein S. 28

44 Vgl. Rehberg, Sanktionen S. 20

45 Sh. Boehlen S. 58

46 Sh. Stieger-Gmür S. 137

chiatrischen Gutachten wie auch in Gerichtsurteilen sehr häufig verwendet wird, mangelt es bis heute an einem einheitlichen Verständnis. Die überaus zahlreichen Definitionen der Verwahrlosung fallen sehr verschiedenartig aus, je nachdem sie der Pädagogik, Psychologie oder Psychiatrie entstammen. Auch innerhalb dieser Disziplinen finden sich darüber sehr unterschiedliche Ansichten. Nach Steinvorth erweisen sich jene Definitionen vielfach als "ein Gemisch aus normativen, moralischen und wissenschaftlichen Aussagen" <sup>47</sup>, oder wie Kaiser dies umschreibt, als "wertgeladen" und "empirisch ebenso untauglich wie rechtspolitisch verdächtig" <sup>48</sup>.

Die vielfältigen Definitionen der Verwahrlosung führen oft zu Missverständnissen, und in der Praxis ist man gerne geneigt, jedes beliebige Erscheinungsbild als Verwahrlosung zu interpretieren. Stieger-Gmür illustriert sehr eindrücklich die "Uneinheitlichkeit des Verständnisses" und die "Wertlosigkeit der Definitionsversuche" beim Phänomen Verwahrlosung <sup>49</sup>.

Nach Ansicht von Hartmann <sup>50</sup> sind sich jedoch die meisten Autoren darin einig, dass es sich bei der Verwahrlosung erstens um eine Abweichung von sozialen Verhaltenserwartungen i.S. der Dissozialität handle, welche sich etwa in Unordnung, Unzuverlässigkeit, Unehrlichkeit ausdrücke. Zweitens stelle die Verwahrlosung eine "persistente Dissozialität" dar, d.h. nicht eine einmalige Abweichung, sondern wiederholte Unregelmässigkeiten in bezug auf soziale Normen. Darüber hinaus erweise sich die Verwahrlosung drittens als eine "generalisierte Dissozialität", worunter Hartmann ein Ungenügen in verschiedenen sozialen Verhaltensbereichen versteht <sup>51</sup>. Diese häufig auftretenden übereinstimmenden Grundkriterien bewogen ihn schliesslich zur Definition der Verwahrlosung als "fortgesetztes und allgemeines Sozialversagen" <sup>52</sup>.

---

47 Steinvorth, zit. bei Stieger-Gmür S. 146

48 Kaiser, zit. bei Stieger-Gmür a.a.O.

49 Stieger-Gmür S. 166; sh. S. 145 - 166, ferner S. 203 ff.

50 Hartmann S. 5

51 So fällt der verwahrloste Minderjährige z.B. nicht nur durch Diebstähle, sondern darüber hinaus durch Weglaufen von zu Hause, "Schulschwänzen", Unverträglichkeit mit anderen Kindern etc. auf.

52 Hartmann a.a.O.

Für die Entstehung der Verwahrlosung sind anlage- und umweltsbedingte Faktoren in ihrer wechselseitigen Beziehung massgeblich <sup>53</sup>, wobei von den meisten Autoren den Umweltseinflüssen wesentlich grösseres Gewicht beigemessen wird <sup>54</sup>. So herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass der fehlgeleitete Sozialisierungsprozess als wichtigste Entstehungsbedingung der Verwahrlosung zu betrachten ist <sup>55</sup>.

Die "Gefährdung" wurde vor der Revision des StGB von 1971 allgemein als Vorstufe zur Verwahrlosung bezeichnet <sup>56</sup>. Diese Bedeutung kommt ihr auch heute noch zu <sup>57</sup>. Das Prädikat "erheblich" weist nach Ansicht von Boehlen auf eine gewisse Dauer der Gefährdung hin. Diese dürfe nicht lediglich durch eine kurzfristige Ausnahmesituation, wie etwa eine vorübergehende Krankheit oder Abwesenheit der Eltern, bedingt sein. Eine vorübergehende stürmische Pubertätskrise, die aus dem normalen Rahmen falle, könne jedoch bereits eine Gefährdung bedeuten <sup>58</sup>.

Bei der Schwererziehbarkeit handelt es sich, im Gegensatz zur Verwahrlosung und Gefährdung, nicht um einen Zustand, sondern im wesentlichen um eine pädagogische Beeinflussbarkeit der genannten Erscheinungsformen. Die Schwererziehbarkeit äussert sich darin, dass verhaltensauffällige Minderjährige die Durchführung von erzieherischen Massnahmen erschweren oder ablehnen <sup>59</sup>.

#### cc) Die Behandlungsbedürftigen

Art. 85 Abs. 1 und 92 Abs. 1 StGB sehen eine besondere Behandlung dann vor, wenn dies der Zustand des Kindes oder Jugendlichen erfordert, namentlich wenn sie "geisteskrank, schwachsinnig, blind, erheblich gehör- oder sprach-

---

53 Sh. dazu hinten S. 24/25 und 125 ff.

54 Sh. Stieger-Gmür S. 152

55 Stieger-Gmür S. 153

56 Vgl. u.a. Wettstein S. 29, Hilty S. 23, Thormann/v. Overbeck S. 248

57 Sh. vorne S. 11 FN 42

58 Boehlen S. 61

59 Boehlen a.a.O.

behindert, epileptisch" oder in ihrer "geistigen oder sittlichen Entwicklung erheblich gestört oder ungewöhnlich zurückgeblieben" sind. Beim Jugendlichen kommen Trunksucht und Rauschgiftsucht als zusätzliche alternative Voraussetzungen hinzu.

Allgemeine Voraussetzung bildet die besondere Behandlungsbedürftigkeit, welche nach Boehlen dann vorliegt, "wenn der Täter Abweichungen organischer oder psychischer Funktionen bzw. Bildungen von der Norm aufweist und wenn die nach den gegenwärtigen Möglichkeiten normalerweise durchgeführte Behandlung von den Eltern bzw. den Erziehern dem Kinde (oder dem Jugendlichen, V.W.) nicht oder ungenügend verschafft wird" <sup>60</sup>. Unter die Kategorie der "Behandlungsbedürftigen" fallen somit bestimmte anomale Persönlichkeitstypen, d.h. Personen, welche somatische und auch psychische Krankheiten oder Missbildungen aufweisen <sup>61</sup>. Oft handelt es sich um Mischformen <sup>62</sup>.

Die Voraussetzungen, die in Art. 85 Abs. 1 und 92 Abs. 1 StGB aufgezählt sind und eine Behandlungsbedürftigkeit nach sich ziehen, sind - wie bei der Erziehungsbedürftigkeit - nicht abschliessend aufgezählt. Dies wird auch hier mit der Bezeichnung "namentlich" zum Ausdruck gebracht <sup>63</sup>. So sind z.B. die ebenfalls unter die erwähnten Bestimmungen zu subsumierenden Neurosen, Hirnschädigungen und hormonalen Störungen nicht erwähnt <sup>64</sup>. Die Anordnung einer therapeutischen Massnahme setzt die Behandlungsfähigkeit des krankhaften Zustandes <sup>65</sup> und schliesslich auch eine gewisse Dauer der Störung voraus <sup>66</sup>.

---

60 Boehlen S. 77

61 Ueber die einzelnen Erscheinungsformen, sh. Guggenheim S. 78 ff.

62 Zwischen körperlichen und seelischen Krankheiten bestehen enge Wechselwirkungen. So können z.B. hormonale Störungen oder die Epilepsie zu psychischen Veränderungen führen, während manchen somatischen Krankheiten psychische Störungen zugrundeliegen (sog. psychosomatische Krankheiten).

63 Sh. vorne S. 11 FN 42

64 Vgl. Boehlen S. 78

65 Vgl. Veillard, Le traitement spécial S. 211, Guggenheim S. 63

66 Boehlen S. 78

Seit der Teilrevision des StGB von 1971 kann eine besondere Behandlung jederzeit neben erzieherischen Massnahmen verhängt werden<sup>67</sup>. Die kumulative Anordnung von Massnahmen war aber schon vor der Revision üblich und wurde vom Bundesgericht ausdrücklich zugelassen<sup>68</sup>. Diese Kombinationsmöglichkeit ist sehr zu begrüessen, denn vielfach wird beim behandlungsbedürftigen Minderjährigen gleichzeitig eine erzieherische Fehl- oder Mangelentwicklung festgestellt. Nach Ansicht von Lutz gibt es wenige "krankhafte oder sonst abartige Persönlichkeiten", welche nicht auch eine spezifische Milieuempfindlichkeit aufweisen<sup>69</sup>.

#### dd) Die Normalen

Bedarf der Minderjährige weder einer Erziehungsmassnahme noch einer besonderen Behandlung, so wird er bestraft. Art. 87 Abs. 1 StGB sieht als entsprechende Möglichkeiten für Kinder einen Verweis, eine Arbeitsleistung oder Schularrest vor. Gegenüber Jugendlichen kann gem. Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ein Verweis, eine Arbeitsleistung, Geldbusse oder Einschliessungsstrafe verhängt werden. Letztere beiden Sanktionen können kumulativ ausgesprochen werden.

Die Ausfällung einer Disziplinarstrafe wird zunächst bei fehlender Erziehungs- bzw. Behandlungsbedürftigkeit ins Auge gefasst. Sodann kann sie in bestimmten Fällen neben einer Erziehungsmassnahme angeordnet werden<sup>70</sup>.

Analog den jugendstrafrechtlichen Massnahmen darf eine Disziplinarstrafe nur dann ausgesprochen werden, wenn eine strafbare Handlung vorliegt<sup>71</sup>  
72.

---

67 Art. 85 Abs. 2 und 92 Abs. 2 StGB

68 Vgl. BGE 88 IV 99

69 Vgl. Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 35

70 Sh. unter dem folgenden Abschnitt b)

71 Während Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der strafbaren Handlung in jedem Fall vorliegen müssen, wird die Frage des Verschuldens für die beiden Sanktionsmittel unterschiedlich gehandhabt. Sh. dazu hinten S. 16 ff.

72 Näheres zu den Disziplinarstrafen, sh. bei Hug Ch.: Die Strafen im schweizerischen Jugendstrafrecht ... Diss. Zürich 1976

b) Grundsatz der Priorität und Ausschliesslichkeit der jugendstrafrechtlichen Massnahme

Wie aus den vorhergehenden Ausführungen ersichtlich ist, besteht im Jugendstrafrecht der Grundsatz der Priorität der Massnahme vor der Strafe, indem in jedem Fall vorerst geprüft werden muss, ob beim minderjährigen Täter eine Massnahmebedürftigkeit vorliegt, d.h. sein Zustand so beschaffen ist, dass er einer Erziehungsmassnahme oder einer besonderen Behandlung bedarf.

Während man vor der Revision des StGB von 1971 ausschliesslich vom richterlichen Monismus ausgegangen war <sup>73</sup>, sieht das revidierte StGB gegenüber Jugendlichen die Möglichkeit einer kumulativen Anordnung von Massnahmen und Strafen vor. So lässt Art. 91 Ziff. 1 Abs. 2 StGB die Verbindung von Erziehungshilfe und Einschliessungsstrafe oder Busse ausdrücklich zu. Ausserdem kann gem. Art. 95 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ein Jugendlicher im Massnahmenvollzug bestraft werden, wenn er erneut delinquent und eine Weiterführung oder Aenderung der Massnahme keine genügende erzieherische Wirkung zu versprechen scheint <sup>74</sup>. Bei den erwähnten Verbindungen von Massnahmen und Strafen handelt es sich jedoch nur um zwei geringfügige Einbrüche ins monistische System; im übrigen wird im Jugendstrafrecht immer noch vom Grundsatz des richterlichen Monismus ausgegangen.

5. Die Bedeutung von Schuld und Zurechnungsfähigkeit

Bei der strafrechtlichen Begutachtung Erwachsener ist bekanntlich die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit von zentraler Bedeutung, da das Erwachsenenstrafrecht auf dem Schuldprinzip basiert <sup>75</sup> und die Zurechnungsfähigkeit eine der Voraussetzungen schuldhaften Verhaltens und damit mindestens der Bestrafung ist <sup>76</sup>.

---

73 D.h. der Richter im Einzelfall nur entweder eine Massnahme oder eine Strafe ausfällen konnte

74 Sh. Darstellung und Kritik dieser Neuerungen bei Rehberg, Sanktionen S. 22 und Verhältnis S. 242/43.

75 D.h. der Täter nur bestraft werden kann, wenn er die Tat schuldhaft begangen hat

76 Vgl. Hafer AT, S. 110, Rom S. 5 und 10

Für die Fragestellung in der jugendstrafrechtlichen Begutachtung ist es wichtig zu wissen, welcher Stellenwert der Zurechnungsfähigkeit und somit der Schuld überhaupt zukommt. Um dies beantworten zu können, drängt sich vorerst die Frage auf, ob beim Minderjährigen angesichts seines besonderen Entwicklungszustandes überhaupt von Zurechnungsfähigkeit die Rede sein kann, und zwar aus folgenden Gründen:

Zurechnungsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen und gemäss dieser Einsicht zu handeln<sup>77</sup>. Die erstgenannte Komponente, die sog. Einsichtsfähigkeit, wird von Faktoren des Intellektes und des Gemütes gebildet, während letztere, die sog. Selbstbestimmungsfähigkeit, davon abhängig ist, welche Einflüsse des Trieb- und Gemütslebens für das Denken und Handeln des Betroffenen ausschlaggebend sind. Diese Verstandes-, Willens-, Trieb- und Gemütskräfte, welche die Zurechnungsfähigkeit bestimmen, sind jedoch beim Kind und Jugendlichen, wie eingangs erwähnt, noch nicht voll entwickelt und weitgehend von Erziehung und Milieueinflüssen abhängig<sup>78</sup>. Trotzdem herrscht in der Literatur zum Jugendstrafrecht die Meinung vor, dass auch der Minderjährige als zurechnungsfähig bezeichnet werden kann, jedoch in anderer Weise als der Erwachsene<sup>79</sup>. Nach den treffenden Darlegungen von Lutz spielen Urteils- und Selbstbestimmungsfähigkeit, welche einen Schutz der erwachsenen Persönlichkeit vor dem Verbrechen bilden, im Kindesalter eine untergeordnete Rolle. Dagegen sind "Angst und Autoritätsrespekt" von überragender Bedeutung. Je älter der Täter wird, desto grösser wird der Anteil der Urteils- und Selbstbestimmungsfähigkeit, während Angst und Autoritätsrespekt, die weitgehend durch Erziehung und Milieu bestimmt sind, in den Hintergrund treten. "Neben den Störungen, die die Urteilskraft und Selbstbestimmungsfähigkeit betreffen, sind schlechtes Milieu und ungenügende Erziehung ebenso stark in ihrer zurechnungsfähigkeitsreduzierenden Wirkung zu berücksichtigen, und zwar umsomehr, je jünger der Täter ist. Berücksichtigt man alle genannten Faktoren, so steht eine vor dem Verbrechen vollgeschützte, auf ihre Art voll zurechnungsfähige Persönlichkeit vor uns"<sup>80</sup>.

---

77 Was e contrario aus Art. 10 StGB hervorgeht

78 Vgl. dazu Tramer, Leitfaden S. 21 ff.; sh. auch vorne, S. 4

79 Vgl. u.a. Schultz, Einführung II S. 168, Wettstein S. 9, Maurer S. 112

80 Lutz, Zurechnungsfähigkeit S. 104/05; in gleichem Sinne auch Tramer, Leitfaden S. 23 ff.

Im Hinblick auf eine mögliche Abweichung von dieser Norm bleibt aber die Frage, ob die jugendstrafrechtliche Sanktion stets ein schuldhaftes Verhalten des minderjährigen Täters voraussetzt, dieser somit zurechnungsfähig sein muss.

Strafen dürfen unbestrittenermassen nur dann ausgesprochen werden, wenn die Tat schuldhaft begangen worden ist <sup>81</sup>. Steht die Anordnung einer kurativen Massnahme zur Diskussion, so ist sich die Lehre andererseits darin einig, dass die Frage des Verschuldens und damit der Zurechnungsfähigkeit nicht geprüft werden muss <sup>82</sup>. In diesen Fällen werden ja gerade Zustände bezeichnet, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben können, z.B. Epilepsie und Schwachsinn <sup>83</sup>.

Umstritten ist hingegen die Frage, ob eine erzieherische Massnahme nur beim Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens ausgesprochen werden kann. Unter den Befürwortern finden sich u.a. Schwander und Rehberg. Schwander ist der Ansicht, dass es gerade den erzieherischen Massnahmen, welche im Zögling "Pflichtgefühl und Selbstverantwortung" wecken sollten abträglich sein könne, wenn das Urteil allzu ängstlich grundlegenden sittlichen Gedanken, wie es Schuld und Sühne seien, ausweiche <sup>84</sup>. Nach Meinung von Rehberg hat die Anordnung einer Erziehungsmassnahme analog der Bestrafung an ein schuldhaftes Verhalten anzuknüpfen, da die Massnahme von unbestimmter Dauer und zudem mit einer oft noch empfindlicheren Freiheitsbeschränkung verbunden sei als die Bestrafung. Aus diesen Gründen könne bei der Massnahme in bezug auf die Schuldvoraussetzung "nicht weniger erforderlich sein als für die erst subsidiär in Betracht fallende Bestrafung" <sup>85</sup>.

---

81 Vgl. etwa Rehberg, Sanktionen S. 8, Maurer S. 96, Boehlen S. 43

82 Vgl. u.a. Schwander S. 296, Guggenheim S. 60

83 Sh. Schultz a.a.O. S. 167

84 Schwander S. 297

85 Rehberg, Sanktionen S. 8/9

Auf der gegnerischen Seite werden u.a. folgende Argumente vorgebracht: Wettstein schreibt in Anlehnung an Menzi<sup>86</sup> und Schultz<sup>87</sup>, dass die Frage der Erziehungsbedürftigkeit vor diejenige der Schuld und Zurechnungsfähigkeit gestellt werden müsse, da die Gruppe von Minderjährigen, bei denen das Kriterium der Erziehungsbedürftigkeit am ehesten zutreffe, auch am ehesten als schuldunfähig zu betrachten seien. "Ein Erziehungsstrafrecht hat nur dann einen Sinn, wenn jene, die eine Erziehung am nötigsten haben, erfasst werden können"<sup>88</sup>. Boehlen bringt als zusätzliches Argument folgendes vor: Eine Verbindung von erzieherischen und therapeutischen Massnahmen<sup>89</sup> könne in der Praxis nur dann "richtig spielen", wenn die Schuldfrage bei beiden Massnahmearten gleich behandelt werde, m.a.W. wenn beide von Schuld und Zurechnungsfähigkeit unabhängig seien<sup>90</sup>.

Das Bundesgericht äussert sich zu dieser Frage widersprüchlich, indem es die "Schuldigerklärung" des Minderjährigen verlangt<sup>91</sup>, womit wohl die Abklärung der Schuldfrage gemeint ist<sup>92</sup>, und im selben Entscheid ausführt, es sei unerheblich, ob dem jungen Täter auf Grund seiner Entwicklung das Verständnis für seine sittlichen Verpflichtungen zugemutet werden könne, "weil sonst gerade in Fällen einer Fehlentwicklung, verursacht durch mangelhafte Erziehung, nicht eingeschritten werden könnte"<sup>93</sup>.

Die letztgenannten Ausführungen des Bundesgerichtes sowie die weitgehend identische Ansicht Wettsteins und Menzis tragen m.E. dem Jugendstrafrecht

---

86 Menzi S. 27

87 Schultz a.a.O.

88 Wettstein S. 11

89 Art. 85 Abs. 2 und Art. 92 Abs. 2 StGB

90 Im Falle einer ungleichen Behandlung der Schuldfrage wäre es möglich, dass bei einem erziehungsbedürftigen zurechnungsunfähigen Schwachsinnigen eine besondere Behandlung durch die Jugendstrafbehörde, eine Erziehungsmassnahme dagegen durch die Vormundschaftsbehörde angeordnet würde. (Boehlen S. 46)

91 BGE 70 IV 122; sh. ferner BGE 68 IV 159/60 und 88 IV 75

92 Gl. M. Boehlen S. 45; a.M. Schultz a.a.O. S. 167

93 BGE 70 IV 124; sh. ferner BGE 76 IV 274

als Erziehungsstrafrecht in optimaler Weise Rechnung. Ebenso berechtigt ist Boehlens Argument, auch wenn es eher von nebensächlicher Bedeutung ist. Es ist daher dem zweiten Standpunkt der Vorzug zu geben.

Demnach spielt die Frage des Verschuldens und somit der Zurechnungsfähigkeit nur dann eine Rolle, wenn eine Strafe in Aussicht steht. Wahl und Bemessung der Strafe richten sich jedoch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär nach dem Alter und der Persönlichkeit des jungen Täters und erst in zweiter Linie nach dessen Verschulden<sup>94</sup>. Aus diesen Gründen spielt die Frage der Zurechnungsfähigkeit in der jugendstrafrechtlichen Begutachtung eine geringe Rolle. Die häufigste Fragestellung bezieht sich darauf, ob nach Würdigung der gesamten Persönlichkeit anhand der lebensgeschichtlichen Entwicklung jugendstrafrechtliche Massnahmen indiziert seien und allenfalls welche. In der Praxis wird der psychiatrische Experte in wenigen Fällen zur Abklärung der Zurechnungsfähigkeit beauftragt, etwa dann, wenn bei einem Jugendlichen eine Disziplinarstrafe in Aussicht steht, deren Beurteilung in den Kompetenzbereich des Jugendgerichtes fällt<sup>95</sup>.

#### B. Wesen und Aufgabe der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie

Tramer definiert die Kinderpsychiatrie als die "Lehre der Heilkunde von den seelischen Schwierigkeiten, Hemmungen und Störungen jeglicher Art des psychischen Lebens und darin insbesondere der psychischen Entwicklung des Kindes und ihrer Behandlung"<sup>96</sup>. In diese Umschreibung bezieht er die Jugendlichen i.S. des StGB ausdrücklich mit ein<sup>97</sup>. Da es auch in dieser Arbeit nicht um spezielle psychopathologische Erscheinungsformen geht, sondern um allgemeine psychiatrische Begriffsbestimmungen, wird hier analog verfahren.

Die Aufgabe der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie besteht, wiederum nach Tramer, "in der Erforschung der Arten dieser Hemmungen und Störungen, von den

---

<sup>94</sup> BGE 94 IV 57/58; dies ist allerdings umstritten. Sh. Näheres bei Boehlen S. 105/06

<sup>95</sup> Zur Frage der Kompetenzausscheidung, sh. hinten S. 47 ff. (52)

<sup>96</sup> Tramer, Kinderpsychiatrie S. 21

<sup>97</sup> Tramer, Leitfaden S. 13 N 3

einfachen Abweichungen und Abwegigkeiten bis zu den eigentlichen Erkrankungen, ferner ihrer Ursachen, Bedingungen und Entstehungsform, sowie ihrer Behandlung und besonders auch Vorbeugung" <sup>98</sup>. Die Aufgabe besteht m.a.W. in der Diagnostik, Therapie und Prophylaxe von psychischen Auffälligkeiten.

Schliesslich will die Psychiatrie den Kindern und Jugendlichen dazu verhelfen, das Fundament an geistiger und materieller Existenz zu schaffen, das ihnen eine erfolgreiche Bewältigung der unvermeidlich auftretenden Lebenskonflikte ermöglicht <sup>99</sup>.

### C. Gemeinsamkeiten und Gegensätze von Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie und Jugendstrafrecht

#### 1. Gemeinsamkeiten

Sowohl die Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie wie auch das Jugendstrafrecht befassen sich mit jungen Menschen, die in irgendeiner Art vom "Normalen" abgewichen sind. Beide forschen nach dem Sinn und den Motiven des vorerst vielfach unverständlichen Verhaltens und sind bestrebt, dem Minderjährigen diejenige Behandlung zukommen zu lassen, die seinen Bedürfnissen entspricht <sup>100</sup>.

#### 2. Gegensätze

Abgesehen davon, dass unterschiedliche Umstände ausschlaggebend sind, sich mit dem jungen Menschen zu befassen, nämlich die psychische Auffälligkeit einerseits und der Verstoss gegen die Rechtsordnung andererseits, ist das Vorgehen beim Ergründen des ungewöhnlichen Verhaltens verschieden: Der Psychiater geht primär vom psychischen Zustand und den vom Patienten subjek-

---

<sup>98</sup> Tramer, Kinderpsychiatrie a.a.O.

<sup>99</sup> Tramer, Leitfaden S. 15

<sup>100</sup> Vgl. als Parallele die Gegenüberstellung von Erwachsenenpsychiatrie und Erwachsenenstrafrecht bei Rom S. 2

tiv empfundenen Beschwerden aus. Im Jugendstrafrecht wird dagegen der Gedanke vorangestellt, welches Verhalten man vom Minderjährigen hätte erwarten können. Erst nachher setzt die Untersuchung der Faktoren ein, die zur Delinquenz geführt haben <sup>101</sup>.

Dieses andersartige Vorgehen beruht auf der unterschiedlichen Denkweise von Recht und Medizin, nämlich dem Formal-logisch-Normativen (Wertbezogenen) einerseits und dem Biologisch-Naturwissenschaftlichen (Seinsbezogenen) andererseits <sup>102</sup>. Dem Juristen liegt die normative Wertung nahe, da er urteilen muss. Erst in zweiter Linie sieht er seine Aufgabe im Helfen. Infolge seiner naturwissenschaftlichen Ausgangsbasis versucht sich dagegen der Psychiater der Wertung möglichst zu enthalten oder ihr nur eine untergeordnete Bedeutung beizumessen. In erster Linie will er helfen <sup>103</sup>.

Zudem ergibt sich noch folgender Unterschied: Wie schon erwähnt, bezweckt das Jugendstrafrecht die Erziehung, Heilung und Resozialisierung bzw. Sozialisierung des jungen Täters und rückt somit wie die Psychiatrie das individuelle Moment in den Vordergrund. Darüber hinaus strebt es die Bewährung der Rechtsordnung an und bezieht somit die Interessen der Gemeinschaft mit ein. Dieser Aspekt wird in der Psychiatrie nur selten berücksichtigt <sup>104</sup>.

### 3. Folgerungen

Jugendstrafrecht und Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie gehen zwar nicht von der gleichen Fragestellung aus. Ihr gemeinsames Ziel besteht jedoch darin, dem betroffenen jungen Menschen durch die geeignete Massnahme zu einer positiven Persönlichkeitsentwicklung zu verhelfen.

---

101 Vgl. Tramer, Leitfaden S. 18

102 Ueber die unterschiedliche Denkweise zwischen Recht und Medizin, sh. etwa Jessnitzer S. 78 ff.

103 Tramer, Leitfaden S. 18/19

104 So wird etwa in Fällen der Gemeingefährlichkeit der Schutz der Oeffentlichkeit ins Auge gefasst, indem der Patient interniert wird, was bei Minderjährigen allerdings selten der Fall sein dürfte.

Dank dieser im wesentlichen identischen Zielsetzung bestehen zwischen Psychiatern und Jugendstrafrechtlern wenig Konflikte. Im Gegensatz dazu führt in der Erwachsenenbegutachtung der eher repressive Charakter des Erwachsenenstrafrechtes einerseits und das therapeutisch ausgerichtete Konzept der Psychiatrie andererseits bei der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit (der Kernfrage, ob eine Strafe auszufällen sei) vielfach zu Spannungen und Missverständnissen <sup>105</sup>.

#### D. Die Bedeutung der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie für das Jugendstrafrecht

Die Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie ist für das Jugendstrafrecht von dreifacher Bedeutung, nämlich in Form der Mitarbeit des Psychiaters

- bei der Persönlichkeitserforschung (1)
- bei der Urteilsfindung (2)
- und
- im Massnahmenvollzug (3)

#### 1. Die Mitarbeit des Psychiaters bei der Persönlichkeitserforschung

##### a) Grundsätzliches zur Persönlichkeitserforschung

Wie schon mehrfach erwähnt wurde, bildet die Erforschung der Persönlichkeit des straffälligen Minderjährigen ein zentrales Anliegen des Jugendstrafrechtes, da die Täterpersönlichkeit und nicht die Tat als Anknüpfungskriterium für die jugendstrafrechtliche Sanktion herangezogen wird. Die grosse Bedeutung der Persönlichkeitserforschung zeigt sich darin, dass der Bundesgesetzgeber über die Untersuchung der persönlichen Verhältnisse in Art. 83 und 90 StGB verfahrensrechtliche Bestimmungen "zwecks Sicherstellung des materiellen Rechtes" aufgestellt hat, obwohl sonst der Erlass von verfahrensrechtlichen Normen in den Kompetenzbereich der Kantone fällt <sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Sh. hinten S. 71

<sup>106</sup> Boehlen S. 47

Um eine eingehende Persönlichkeitserforschung zu garantieren, wurde im Kanton Zürich - wie auch in anderen Kantonen - ein von der ordentlichen Gerichtsorganisation weitgehend losgelöstes Sonderorgan geschaffen: der Jugendanwalt. Dieser ist gem. § 376 StPO in Verbindung mit Art. 83 und 90 StGB als Leiter der Untersuchung für die Persönlichkeitserforschung zuständig <sup>107</sup>.

Gegenstand der Persönlichkeitserforschung bilden gem. Art. 83 bzw. 90 StGB das Verhalten, die Erziehung und Lebensverhältnisse des Kindes bzw. Jugendlichen. Die Persönlichkeitsabklärung soll nach Frey einen Querschnitt des Persönlichkeitstypus und einen Längsschnitt über die Persönlichkeitsentwicklung des Minderjährigen von der Geburt an bis zum Zeitpunkt der Strafuntersuchung vermitteln <sup>108</sup>. Generell ausgedrückt hat sich die Untersuchung auf die ganze Persönlichkeit und die Gesamtheit ihrer Beziehungen zur Umwelt zu erstrecken <sup>109</sup>.

Ueber den Begriff "Persönlichkeit" bestehen in der Literatur verschiedene Auffassungen, auf die hier nicht eingetreten werden kann <sup>110</sup>. Immerhin kann gesagt werden, dass zur Darstellung der Persönlichkeitsentwicklung zwei Faktoren besonders hervorgehoben werden: die Bestimmung der Persönlichkeit durch die Erbanlagen einerseits und die Umwelt andererseits. Beiden Faktoren ist in der Vergangenheit unterschiedliches Gewicht beigemessen worden <sup>111</sup>. Nach Langelüdecke lassen sie sich nur begrifflich trennen; in

---

107 Sh. Näheres zum Jugendanwalt hinten S. 47 ff.

108 Frey, Rückfallsverbrecher S. 318. Der Autor bezieht seine Ausführungen zwar speziell auf die Prognose, doch treffen sie m.E. ebenfalls auf die Persönlichkeitserforschung im allgemeinen zu.

109 "Die in ihre Umgebung hineingestellte Persönlichkeit des Jugendlichen muss als Ganzes betrachtet werden. Entscheidend ist das Gesamtbild, das alle Umstände und Tatsachen in ihrer inneren Wechselwirkung und Verflechtung würdigt." (Dallinger/Lackner N 6 zu § 43 JGG); vgl. ferner dazu Sameli, Persönlichkeitserforschung S. 50

110 Sh. dazu etwa Rempelin S. 31 ff. und 121 ff., ferner Bissegger W., Die Persönlichkeitserforschung im Schweizerischen Jugendstrafrecht. U. Diss. Zürich 1950, S. 39 f.; Mörgeli E., Die Erforschung der persönlichen Verhältnisse im schweizerischen Jugendstrafrecht. U. Diss. Zürich 1939, S. 3 ff.

111 Um die Jahrhundertwende stand in der Psychiatrie die "Vererbung" im

Wirklichkeit beeinflussen sich beide gegenseitig und bilden ein Ganzes<sup>112</sup>. Sehr anschaulich stellt Bleuler die Persönlichkeitsentwicklung dar, indem er folgendes schreibt: "Die Persönlichkeit entwickelt sich auf Grund vererbter Entfaltungs- und Reaktionsbereitschaften in engem Zusammenhang sowohl mit der körperlichen Entwicklung wie mit dem Erleben der Umwelt, der Lebenserfahrung." <sup>113</sup>

Bei der Abklärung der persönlichen Verhältnisse ist die Familie von zentraler Bedeutung, da sich die primäre Sozialisation in der Regel in dieser Institution vollzieht. Im weiteren übt die Schule einen entscheidenden Einfluss auf die Entwicklung der jugendlichen Persönlichkeit aus. Beim Jugendlichen sind ausserdem die beruflichen Verhältnisse zu berücksichtigen<sup>114</sup>.

Wieweit die Erhebungen über die persönlichen Verhältnisse des straffälligen Kindes oder Jugendlichen vorzunehmen sind, m.a.W. die Bestimmung des Umfangs der Persönlichkeitserforschung, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, dem Jugendanwalt. Denn gem. Art. 83 bzw. 90 StGB ist die Persönlichkeitsabklärung soweit durchzuführen, wie es die Beurteilung des Minderjährigen erfordert. Diese Ermessensnorm soll möglichst nach objektiven Kriterien gehandhabt werden<sup>115</sup>.

Da für die Wahl der Sanktion die Schwere der Tat unerheblich ist<sup>116</sup>, kann sie ebensowenig dafür massgebend sein, ob und in welchem Umfang eine Untersuchung in personam indiziert ist<sup>117</sup>. Allerdings lassen Verbrechen und Vergehen, die nicht als Bagatelldelikte bezeichnet werden können sowie die wiederholte Begehung strafbarer Handlungen die Vermutung einer beginnenden

---

Vordergrund, während in den letzten Jahrzehnten die "Umwelteinflüsse" mehr betont wurden. Heute sind solche einseitigen Betrachtungsweisen weitgehend überwunden. Vgl. Bleuler S. 3

112 Langelüdecke S. 2

113 Bleuler S. 2. In diesem Sinne auch Brunner/Grethlein S. 2

114 Näheres zu den persönlichen Verhältnissen, sh. hinten S. 123 ff.

115 Boehlen S. 50

116 Sh. vorne S. 8

117 Vgl. Sameli, Persönlichkeitserforschung S. 53

oder bereits bestehenden Fehlentwicklung aufkommen. In diesen Fällen drängt sich eine eingehende Persönlichkeitserforschung zweifellos auf <sup>118</sup>. Bekanntlich kann aber auch ein Bagatelldelikt Symptom einer schweren Störung sein <sup>119</sup>, die mitunter erst durch eine intensiv durchgeführte Untersuchung erkannt wird. Bagatelldelikte, namentlich Uebertretungen im Strassenverkehr werden jedoch so zahlreich begangen, dass in all diesen Fällen aus praktischen Gründen keine eingehende Persönlichkeitsabklärung durchgeführt werden kann, ausgenommen dann, wenn auf Grund der Einvernahme des Minderjährigen oder einer Mitteilung von dritter Seite Anzeichen einer Massnahmebedürftigkeit vorhanden sind <sup>120</sup>.

Der Umfang der Persönlichkeitsabklärung wird allerdings durch zwei wichtige erzieherische Grundsätze des Jugendstrafrechtes begrenzt: durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und den Grundsatz der Beschleunigung <sup>121</sup>.

Das Ziel der Persönlichkeitserforschung stellt Lutz <sup>122</sup> sehr treffend dar. Er schreibt: "Das Leben und das Wesen des Exploranden sollen so genau erforscht werden, dass die inkriminierte Handlung sich organisch in das Bild (gemeint ist damit ein lebensvolles Bild der gesamten kindlichen Entwicklung, V.W.) eingliedert, zwanglos und natürlich aus ihr herauswächst."

Mit Hilfe der Persönlichkeitsabklärung sollen das ganze bisherige Leben sowie der heutige Zustand dynamisch erfasst, das Zusammenspiel von Anlage- und Umweltfaktoren richtig gedeutet werden, um das bisherige Verhalten verstehen und Schlüsse auf die mögliche weitere Entwicklung ziehen zu können <sup>123</sup>. Auf Grund dieser Ergebnisse soll dann diejenige Sanktion getroffen werden, die den individuellen Bedürfnissen des Minderjährigen nach Möglichkeit Rechnung trägt.

---

118 Vgl. Boehlen a.a.O.

119 Vgl. etwa Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 37

120 Vgl. Boehlen a.a.O.

121 Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit, sh. hinten S. 136; zum Grundsatz der Beschleunigung sh. hinten S. 59/60

122 Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 42. Der Autor bezieht seine Ausführungen zwar auf die Begutachtung. Doch haben sie ebenso Gültigkeit für

b) Die Mitwirkung des Psychiaters bei der Persönlichkeitserforschung

Die Persönlichkeitserforschung, eine der verantwortungsvollsten und zugleich schönsten Aufgaben im Jugendstrafrecht, setzt Kenntnisse des Jugendanwaltes u.a. in Pädagogik, Psychologie und Psychiatrie voraus. In einzelnen Fällen wird der in der Regel juristisch ausgebildete Beamte trotz einiger Kenntnisse auf diesen Gebieten auf die Mitarbeit von Experten angewiesen sein, um die Problematik des Falles lösen zu können. Art. 83 bzw. 90 StGB <sup>124</sup> sehen wohl die Möglichkeit vor, Gutachten einzuholen bzw. Experten beizuziehen. Hingegen fehlt ein konkreter Hinweis darauf, in welchen Fällen dies angezeigt ist, da diese Gesetzesnormen die Entscheidung über den Umfang der Persönlichkeitserforschung ja ins Ermessen der zuständigen Behörde stellen. Ebensovienig geht aus den erwähnten Bestimmungen hervor, welchen Berufsgattungen diese Experten angehören sollen.

In der Frage nach der Indikation von Gutachten gehen die Meinungen in der Literatur stark auseinander: von der extremsten Auffassung nach obligatorischer Begutachtung einerseits <sup>125</sup> bis zur äussersten Zurückhaltung andererseits, indem zugunsten einer raschen Verfahrensabwicklung die Forderung aufgestellt wird, die Begutachtung nach Möglichkeit in den Heimvollzug zu verschieben <sup>126</sup>.

Nach überwiegender Auffassung der Autoren drängt sich eine Begutachtung in den Fällen auf, in welchen dem Jugendanwalt die notwendige Sachkunde zur Beurteilung des Falles fehlt, wenn er also nicht zu entscheiden vermag, ob der Minderjährige eine "Erziehungs- oder Behandlungsbedürftigkeit" auf-

---

die übrigen Möglichkeiten der Persönlichkeitsdarstellung, wie z.B. die Verfassung von Berichten.

123 Vgl. Boehlen S. 55

124 In analoger Weise § 377 Abs. 2 StPO, welcher jedoch lediglich eine Wiederholung der bundesrechtlichen Bestimmungen darstellt

125 Vgl. Tramer, Aufgaben der Psychiatrie S. 134/35, ausserdem die deutschen Autoren Würtemberger S. 250 und wohl auch Dallinger/Lackner N 42 zu § 43 JGG

126 Jeanneret S. 57

weist oder als "normal" zu bezeichnen ist. Frey<sup>127</sup> umschreibt dies analog Art. 87 des Vorentwurfes zum StGB<sup>128</sup> und Art. 13 StGB<sup>129</sup> mit "Zweifelsfällen"<sup>130</sup>. Angesichts der Tatsache, dass die Persönlichkeitsentwicklung des jungen Täters noch nicht abgeschlossen ist, erachtet er die Zahl der Zweifelsfälle in der Jugendstrafrechtspflege als viel grösser als im Erwachsenenstrafrecht. Im Anschluss an diese Bemerkung stellt er die Forderung auf, grundsätzlich jeden Minderjährigen zu begutachten, bei dem eine Massnahme in Frage kommt.

Nach deutschem Jugendgerichtsgesetz kann die Anordnung einer Expertise - ausser zur Feststellung des Entwicklungsstandes - namentlich dann veranlasst sein, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die strafbare Handlung mit einer Geistes- oder Gemütskrankheit des Jugendlichen zusammenhängt, der Jugendliche durch seelische, geistige oder körperliche Eigenarten auffällt oder ohne erkennbare Ursache erheblich verwahrlost ist, z.B. wiederholt ungleichartige, vorsätzliche Delikte begangen hat<sup>131</sup>. In diesen Fällen zeigt der Minderjährige 'offenbare Symptome endogenen Geschehensablaufs', welche die damit betrauten Jugendstrafbehörden "in ihrem Ausmass, ihrer Weiterentwicklung und ihrer möglichen Beeinflussbarkeit und Heilung nicht mit der nötigen Sachkunde zu beurteilen vermögen ..." <sup>132</sup>

Abgesehen von den Fällen, in welchen der zuständigen Behörde die notwendige Sachkunde fehlt, sollte m.E. grundsätzlich immer dann ein Experte beigezogen werden, wenn die Anordnung einer längerfristigen jugendstrafrechtlichen Massnahme zur Diskussion steht, d.h. wenn eine Heimeinweisung, Fremdfamilienplatzierung oder Klinikeinweisung ins Auge gefasst wird. Denn zum einen sind

---

127 Frey, Die Unentbehrlichkeit S. 76/77, ders. Persönlichkeitserforschung S. 305

128 Sh. bei Thormann/v. Overbeck N 4 zu Art. 90 StGB

129 Art. 13 StGB sieht bekanntlich eine Begutachtung im Erwachsenenstrafverfahren dann vor, wenn Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zur Zeit der Tat bestehen (sh. Näheres dazu bei Helfenstein S. 37 ff. und Rom S. 28 f.).

130 In diesem Sinne auch Veillard, Le Code Pénal S. 195/96, ferner Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 34

131 R 10 zu § 43 JGG, ähnlich Boehlen S. 53

132 Potrykus S. 537

diese Fälle vielfach nicht eindeutig und zum anderen handelt es sich bei der Anordnung der erwähnten Massnahmen um empfindliche Freiheitsbeschränkungen. Ein aussenstehender Experte vermag auf diese Weise eine gewisse Kontrolle gegenüber willkürlichen Entscheidungen oder Anträgen des Jugendanwaltes vor Gericht auszuüben <sup>133</sup>. Schliesslich gilt es zu bedenken, dass der Beizug eines Sachverständigen nicht in jedem Falle eine umfangreiche Begutachtung nach sich zieht. Vielfach genügen Kurzgutachten, worin erklärt wird, dass eine "grössere psychische oder geistige Anomalie anscheinend nicht vorliege" <sup>134</sup>.

Eine obligatorische Begutachtung wäre m.E. deshalb eine fragwürdige Institution, da der Verfahrensablauf durch die Anordnung einer Expertise verzögert wird. Ferner würden etliche Minderjährige durch die Einschaltung eines Sachverständigen verunsichert werden und könnten nur schwerlich Kontakt zum Jugendanwalt finden. Ausserdem darf die Tatsache nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich in der Mehrzahl der straffälligen Kinder und Jugendlichen um einigermassen intakte Persönlichkeiten handelt, welche i.S. einer einmaligen Entgleisung delinquieren. Diese Fälle kann der Jugendanwalt in der Regel ohne Beizug eines Experten bewältigen.

Der Vorschlag Jeannerets, die Begutachtung nach Möglichkeit in den Heimvöllzug zu verschieben ist abzulehnen, weil er zu unrealistisch ist. Denn mittels der Begutachtung muss ja vielfach vorgängig abgeklärt werden, ob eine Heimeinweisung überhaupt notwendig ist. Nicht jede Begutachtung führt schliesslich a priori zu einer Heimeinweisung <sup>135</sup>.

---

133 Während dem Jugendanwalt die Befugnis zur Anordnung einer Erziehungshilfe i.S. von Art. 84 und 91 StGB zusteht, hat er in den übrigen Fällen die Anordnung der jeweiligen Massnahmen vor Gericht zu beantragen. Sh. dazu hinten S. 52

134 Vgl. Frey, Die Unentbehrlichkeit S. 77, vgl. ferner das Kreisschreiben der Justizdirektion v. 11.9.31, wonach die Anfertigung von Kurzgutachten "in psychisch einfachen und klaren Fällen" befürwortet wird und "wenn zu erwarten ist, dass die zu begutachtende Person und die übrigen Beteiligten gegen die Massnahmen, welche aufgrund des Gutachtens getroffen werden sollen (Versorgung in einer Familie oder Anstalt ...) voraussichtlich keine Einwendungen erhoben werden." (Publ. in der Kartothek zur zürcherischen Strafprozessordnung unter § 15)

135 In diesem Sinne auch Boehlen S. 54

Als Experten werden in erster Linie Kinder- bzw. Jugendpsychiater und -psychologen, Erziehungsberater, Berufsberater und für die körperlichen Krankheiten die entsprechenden Fachärzte beigezogen <sup>136</sup>.

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen die Mitarbeit des Psychiaters angezeigt ist.

Bei denjenigen straffälligen Kindern und Jugendlichen, welche durch eine geistige Abartigkeit bzw. Krankhaftigkeit i.S. von Art. 85 und 92 StGB auffallen, ist die Notwendigkeit der Mitarbeit des Psychiaters ohne weiteres ersichtlich, beinhalten doch die erwähnten Bestimmungen nebst allgemein-medizinischen auch psychiatrische Krankheitsbilder <sup>137</sup>.

Zur Abklärung von Kindern und Jugendlichen, die in erzieherischer Hinsicht Auffälligkeiten aufweisen und deshalb voraussichtlich einer erzieherischen Massnahme bedürfen, ist ebenfalls in vielen Fällen die Mitarbeit des Psychiaters erwünscht, obschon es sich nach Ansicht einiger Autoren <sup>138</sup> weniger um medizinisch-psychiatrische, sondern vielmehr um pädagogische Probleme handelt. Denn nicht selten sind Delinquenz und Verwahrlosungserscheinungen nach Meinung von Furger <sup>139</sup> Ausdruck einer seelischen Krankheit, die

---

136 Vgl. Boehlen S. 53; sh. ferner Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 34

137 In diesem Sinne Vossen, Das revidierte Massnahmenrecht S. 120, Lutz, Jugendrichter S. 54

138 Vgl. Lutz Jugendrichter a.a.O. In bezug auf die Verwahrlosung, sh. die bei Stieger-Gmür S. 147 zit. Autoren

139 Dabei hat der Autor etwa die im Jugendalter oft schwer erkennbaren beginnenden Schizophrenien, manisch-depressiven Erkrankungen und die bis dahin nicht diagnostizierten Epilepsien im Auge. Ferner denkt er an Delikt-Reaktionen auf akute Konfliktsituationen und vorübergehend stürmische Pubertätsverläufe bei psychisch im Grunde unauffälligen Jugendlichen und schliesslich an "Delinquenz als Symptom einer schwer neurotischen Entwicklung im Unterschied zu der sehr viel häufigeren eigentlichen Verwahrlosungsstruktur mit Defizienzerscheinungen im Aufbau der Persönlichkeit." (Furger S. 417) Ähnlich Lutz, Jugendrichter S. 54/55

nicht einer Heimeinweisung, sondern anderer, allenfalls rein ärztlicher Massnahmen bedarf. Seine Forderung, keine Heimeinweisung ohne vorherige psychiatrische Begutachtung vorzunehmen, um eindeutige Kontraindikationen dafür ausschliessen, ist deshalb zu unterstützen<sup>140</sup>. Allerdings darf die positive Indikationsstellung für eine Heimplatzierung niemals dem Psychiater allein überlassen werden, da ihm von seiner medizinisch orientierten Ausbildung her Grenzen gesetzt sind und er zudem nicht in der Lage ist, sämtliche Heimtypen und deren Möglichkeiten zu kennen<sup>141</sup>. Deshalb erweist sich in den Fällen, in welchen eine Heimeinweisung zur Diskussion steht, die Mitwirkung von Pädagogen, Psychologen, Berufsberatern etc. als unumgänglich.

Da die Mehrzahl der zu begutachtenden Minderjährigen vordergründig erzieherische Probleme aufweist, erfolgt die Begutachtung in der Praxis beinahe ausschliesslich durch das erwähnte Fachteam<sup>142</sup>, weshalb man in der jugendstrafrechtlichen Begutachtung richtigerweise von einer pädagogisch-psychiatrischen spricht. Der Psychiater liefert nur einen Teilaspekt<sup>143</sup>, ist jedoch als Leiter des Teams für die Expertise verantwortlich, da der Begutachtungsauftrag in der Regel an ihn ergeht.

Sowohl die Kinder- und Jugendpsychiater wie auch die Jugendstrafbehörden sind davon überzeugt, dass die Mitarbeit des Psychiaters bei der Persönlichkeitsforschung unentbehrlich ist. Uebereinstimmend wird die Forderung erhoben, die Begutachtung möglichst frühzeitig vorzunehmen, da auf Grund eines unvollständigen oder einseitigen Bildes von der jugendlichen Persönlichkeit oft

---

140 Furger a.a.O. Ähnlich Leferenz, in dem Sinne, als auch er mittels einer ärztlichen Untersuchung eine Krankheit als Ursache einer seelischen Störung ausschliessen will. In: Persönlichkeitsbeurteilung S. 466

141 So auch Furger a.a.O.

142 Sh. dazu hinten S. 123

143 Auch in der forensischen Beurteilung Erwachsener hat sich insofern ein Wandel vollzogen, als die Psychiatrie nicht länger eine Alleinherrschaft ausübt. Während die Psychiatrie der Dreissigerjahre von der Konzeption einer klinischen Psychopathologie ausging, liegt heute das Schwergewicht der forensischen Beurteilung meistens in der Persönlichkeitsdiagnostik. Dies bedingte eine vermehrte Miteinbeziehung der Psychologie und Psychoanalyse (Vgl. Maisch S. 196).

notwendige Massnahmen versäumt oder ungeeignete Sanktionen ergriffen werden<sup>144</sup>. Die Realisierung dieser berechtigten Forderung hängt jedoch von verschiedenen Faktoren ab: genügend vorhandenen Untersuchungsmöglichkeiten<sup>145</sup>, der guten Zusammenarbeit zwischen Jugendstrafbehörde und Psychiater und einer gefestigten Persönlichkeit und fundierten Ausbildung des Jugendanwaltes.

Im Rahmen der Persönlichkeitserforschung nimmt der Jugendanwalt bekanntlich die erste Sichtung der straffälligen Minderjährigen vor und entscheidet darüber, ob er die Problematik des Falles selber zu beurteilen vermag oder ob er Experten beiziehen soll. In vielen Fällen ist jedoch der vorwiegend juristisch ausgebildete Beamte nicht imstande zu entscheiden, ob eine 'normal-psychologische' Entgleisung eines sonst sozial angepassten Minderjährigen vorliegt oder ob das Delikt Symptom einer beginnenden sozialen und psychischen Fehlentwicklung ist und somit Signalwert hat<sup>146</sup>.

Um Fehlentscheidungen nach Möglichkeit zu vermeiden, werden in der Literatur übereinstimmend fundierte Kenntnisse des Jugendanwaltes in Pädagogik, Psychologie, Fürsorge und anderen Fachgebieten gefordert<sup>147</sup>. Selbstverständlich kann er niemals auf all diesen Fachgebieten sachverständig sein. Wesentlich ist, dass er die Fähigkeit besitzt, sich stets die "Grenzen seines Erfahrungswissens" zu vergegenwärtigen<sup>148</sup>.

## 2. Die Mitwirkung des Psychiaters bei der Urteilsfindung

Da die Urteilsfindung im Jugendstrafverfahren weniger Probleme im strafrechtlichen, als vielmehr im kriminologischen Bereich aufwirft, erhebt sich die Frage, ob nicht neben juristisch ausgebildeten Richtern kriminologische Sachverständige, in unserem Fall Psychiater, als Gerichtsmitglieder mitwirken sollten.

---

144 Vgl. u.a. Leferenz, Persönlichkeitsbeurteilung S. 468, Frey, Die Unentbehrlichkeit S. 75

145 Sh. dazu hinten S. 41

146 Lempp S. 346

147 Vgl. u.a. Lempp a.a.O., Boehlen S. 268 und dort zit. Autoren, Stieger-Gmür S. 142 und 189

148 Schmidt, Der Sachverständige S. 585

Diese Frage stellte Schröder in bezug auf das Erwachsenenstrafrecht zur Diskussion, da auch auf diesem Gebiet ein erheblicher Teil der Entscheide auf kriminologischen Diagnosen und Prognosen beruht. Er ist davon überzeugt, dass auf diese Weise 'die spezialpräventiv und kriminologisch bestimmten Instrumente des Strafrechts besser gehandhabt würden, als wenn Richter und Sachverständige in getrennten Lagern stehen und der Richter die Verantwortung für die Entscheidung zu übernehmen hat, deren elementare Grundlagen er selbst zu beurteilen nicht voll imstande ist.'<sup>149</sup>

Angesichts der Tatsache, dass die Kriminologie in verschiedene Fachgebiete zerfällt, unter welchen mancher Kompetenzstreit besteht und manche grundlegenden Gegensätze herrschen, äussert Schmidt Bedenken gegenüber der Möglichkeit des Sachverständigen auf der Richterbank. Er befürchtet, dass der Sachverständigen-Richter aus dem selbstbewussten Ueberzeugtsein von der Abwegigkeit aller anderen Auffassungen den übrigen, nicht sachverständigen Richtern eine einseitige Meinung vortragen würde, ohne die anderen über die divergierenden Auffassungen in Kenntnis zu setzen. Dies geschehe nicht etwa aus bösem Willen, sondern weil ihm, dem Sachverständigen-Richter, das andere als indiskutabel, nicht der Rede wert erscheine<sup>150</sup>. Ebenfalls ablehnend gegenüber der Mitwirkung des Psychiaters als Gerichtsmitglied steht Tramer, insofern als der Psychiater im Umgang mit dem Exploranden und den Eltern in nur begutachtender Funktion freier sei, als wenn er zugleich als Richter "gefürchtet" werde oder wenn die besagten Personen den Versuch unternähmen, ihn für ihre Angelegenheit günstig zu stimmen<sup>151</sup>.

Sowohl die Argumente Schmidts wie auch Tramers sind für jene Fälle zutreffend, in welchen der Sachverständigen-Richter die Begutachtung selber vornimmt und so der Beizug aussenstehender Psychiater entfällt. Es besteht jedoch noch die andere, näherliegende Möglichkeit, wonach es sich beim Sachverständigen-Richter und dem psychiatrischen Experten um zwei verschiedene

---

149 Schröder, zit. bei Schmidt, Der Sachverständige S. 586

150 Schmidt, a.a.O. S. 587

151 Tramer, Aufgaben der Psychiatrie S. 138

Personen handelt. Diese Lösung wäre sehr zu begrüßen, da auf diese Weise von kompetenter Seite ein eingeholtes Gutachten auf seine Tauglichkeit hin überprüft werden könnte <sup>152 153</sup>.

### 3. Die Mitarbeit des Psychiaters im Massnahmenvollzug

Die Mitarbeit des Psychiaters im Massnahmenvollzug wird aus jugendstrafrechtlicher Sicht allgemein begrüsst. Es fragt sich, in welchem Rahmen diese erfolgen soll.

Wird beim Minderjährigen eine kurative Massnahme angeordnet, so übernimmt vielfach der Psychiater die Behandlung, z.B. in Form einer ambulanten Psychotherapie oder in Form einer Hospitalisierung in einer psychiatrischen Klinik.

Bei den erzieherischen Massnahmen sieht es folgendermassen aus: In der Heim-erziehung hat sich die Psychiatrie nach überzeugenden Darlegungen von Furger dem Primat der Pädagogik unterzuordnen, da jugendliche Dissozialität meistens "mangelhaftem Herangezogenensein zur Mitmenschlichkeit in ihrem Bezug zur Gesellschaft und ihren Werten und Normen" entspringt und somit nicht vollständig auf einen psychiatrischen Krankheitsbegriff reduziert werden darf <sup>154</sup>.

Nach Ansicht des erwähnten Autors besteht die Hauptaufgabe des Psychiaters darin, die zentrale Stellung des Erziehers zu stärken, indem er ihn in regelmässigen Fallbesprechungen berät. In kritischen Situationen wird sich der

---

<sup>152</sup> In diesem Sinne auch Stieger-Gmür S. 145

<sup>153</sup> Der Kanton Basel-Stadt, welcher ein Spezialjugendgericht besitzt, sieht in § 6 des Gesetzes über das Vormundschaftswesen und den behördlichen Jugendschutz v. 13. April 1944 vor, dass sich unter den Gerichtsmitgliedern u.a. ein Arzt befinden sollte. Im Kanton Zürich existieren bis heute keine eigentlichen Jugendgerichte, sondern zur Beurteilung von straffälligen Minderjährigen dient eine Abteilung des Bezirksgerichtes. Sh. Näheres hinten S. 52 ff.

<sup>154</sup> Furger S. 416; Lutz spricht von der unbedingten Zusammenarbeit zwischen Heilpädagogen und Psychiatern, wobei er die Mitwirkung der letzteren offensichtlich nicht im Hintergrund sieht. Vielmehr scheint er beiden Funktionen denselben Stellenwert zuzumessen. In: Jugendrichter S. 55/56

Psychiater dem Zögling selber annehmen. Niemals aber sollte der Psychiater dem Minderjährigen Gelegenheit bieten, "von der ihm oft unbequemen, weil ihn fordernden Beziehung zum Erzieher auf die Beziehung zum Psychiater auszuweichen." <sup>155</sup>

Ebenso indirekt hat die Mitwirkung des Psychiaters bei der offenen Nacherziehung zu sein. Entweder besteht die Mitarbeit des Psychiaters darin, die Position des mit der Nacherziehung betrauten Pädagogen zu stärken oder allenfalls in einer psychotherapeutischen Behandlung der Eltern, sofern diese dazu bereit und fähig sind <sup>156</sup>.

## II. Das Gutachten

### A. Allgemeines

#### 1. Begriff

Das psychiatrische Gutachten im Strafverfahren ist eine von der untersuchenden oder urteilenden Behörde als Beweismittel eingeholte, mittels besonderer Sachkunde durchgeführte Feststellung und Beurteilung von Tatsachen durch den psychiatrischen Experten <sup>157</sup>.

Demnach sind folgende Faktoren massgebend:

- Die zur Einholung des psychiatrischen Gutachtens zuständigen Behörden sind Jugendanwalt, Jugendstaatsanwalt und Gericht <sup>158</sup>.
- Das Gutachten enthält eine Feststellung und Beurteilung von Tatsachen. Diese Tatsachen beziehen sich in der Regel auf die persönlichen Verhältnisse

---

<sup>155</sup> Furger S. 419

<sup>156</sup> Furger S. 418

<sup>157</sup> In diesem Sinne auch Rom S. 119

<sup>158</sup> Die Zuständigkeit des Jugendanwaltes wurde bereits vorne S. 24 erörtert. Zur Zuständigkeit des Gerichtes und Jugendstaatsanwaltes, sh. hinten S. 75/76

des Minderjährigen, womit das Gutachten ein Mittel zur Persönlichkeitserforschung darstellt <sup>159 160</sup>. In beschränktem Umfang wird die Expertise auch als Grundlage zur Nacherziehung und Behandlung des Minderjährigen herangezogen <sup>161</sup>.

- Das Gutachten wird im Strafverfahren als Beweismittel verwendet <sup>162</sup> und
- Zur Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens bedarf es der besonderen Sachkunde in der Psychiatrie.

## 2. Umfang, Inhalt und Aufbau des Gutachtens

### a) Die Problematik bezüglich Umfang und Inhalt des Gutachtens

Für den psychiatrischen Experten stellt sich m.E. in der Frage nach Inhalt und Umfang des Gutachtens folgende Problematik:

Auf der einen Seite müssen die Informationen in qualitativer und quantitativer Hinsicht so beschaffen sein, dass sich der Auftraggeber anhand des Gutachtens ein schlüssiges Urteil über den betreffenden Fall bilden kann, wobei der Psychiater die ihm gestellten Fragen zu beantworten hat. Die Ueberlegungen, welche den Psychiater zu diesen Schlussfolgerungen geführt haben, müssen für den Richter verständlich dargelegt sein.

Auf der anderen Seite muss das Gutachten so abgefasst werden, dass es nicht die in der Einleitung erwähnten, für den betroffenen Minderjährigen und die Angehörigen nachteiligen Folgen nach sich ziehen kann. Damit im Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Psychiater sämtliche Mitteilungen, die ihm vom

---

159 Hie und da hat der Experte auch zur Frage der Zurechnungsfähigkeit Stellung zu nehmen. In diesen Fällen bildet das Gutachten eine Grundlage zur Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen zur Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Sanktion überhaupt vorliegen (Sh. vorne S. 16 ff.)

160 Sh. dazu hinten S. 39 ff.

161 Sh. hinten S. 41

162 Sh. hinten S. 42 ff.

Exploranden oder von Drittpersonen zukommen, im Gutachten verwerten darf oder muss. Da dieses Problem mit der Geheimhaltungspflicht verknüpft ist, wird es an der entsprechenden Stelle erörtert <sup>163</sup>. Eine weitere damit verbundene Frage, nämlich welchem Personenkreis das Gutachten zugänglich sein soll, wird ausführlich im Zusammenhang mit dem Problem der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens behandelt <sup>164</sup>. Zudem wird der Inhalt des Gutachtens durch das Aufzeigen des an späterer Stelle zu erörternden Begutachtungsvorganges konkretisiert <sup>165</sup>.

#### b) Aufbau des Gutachtens

Abgesehen von kleinen Abweichungen sind bei jedem psychiatrischen Gutachten die gleichen Elemente vorhanden:

Als Einleitung erfolgt die Feststellung des Gutachtensauftrages, die wörtliche Wiedergabe der Fragestellung des Auftraggebers sowie eine kurze Darstellung der Problematik des Falles und der für die Begutachtung massgeblichen Begleitumstände. Schliesslich führt der Experte in systematischer Reihenfolge die Unterlagen an, auf welchen die Gutachtensausführungen basieren.

Die Anamnese (Vorgeschichte), welche sich sowohl auf die Vorfahren und Blutsverwandten des Minderjährigen (Familienanamnese) wie auch auf die persönliche Entwicklung des Exploranden (geistige, seelische und körperliche Entwicklung) von der Geburt an bis zum Zeitpunkt der Strafuntersuchung erstreckt (persönliche Anamnese), liefert zusammen mit den eigenen Untersuchungen und Beobachtungen des Psychiaters einen wesentlichen Bestandteil zum Verständnis des Falles.

Während sich der Psychiater bei der Aufnahme der Anamnese auf Aussagen des Exploranden und von Drittpersonen stützen muss, handelt es sich bei den Un-

---

163 Sh. hinten S. 103 ff.

164 Sh. hinten S. 155 ff.

165 Sh. dazu hinten S. 123 ff.

untersuchungsbefunden um eigene Feststellungen und Beobachtungen des Experten. Die Untersuchungsbefunde beziehen sich auf die körperliche, seelische und geistige Entwicklung des Minderjährigen. Sie werden sowohl durch das explorierende Gespräch als auch durch verschiedene Tests erlangt.

Unter dem Abschnitt "Gutachten" erfolgt eine dynamische Erfassung des bisherigen Lebens des Exploranden, indem die Anamnese und die Untersuchungsbefunde zu einer Synthese vereint werden. Der Psychiater stellt nicht nur eine Diagnose, sondern entwirft ein umfassendes Persönlichkeitsbild des Exploranden. Daraus leitet er dann die Massnahmenvorschläge und die Prognose ab, d.h. den höchstwahrscheinlichen Verlauf der Persönlichkeitsentwicklung des Exploranden. Die Prognose wird unter Berücksichtigung der vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten gestellt.

Am Schluss des Gutachtens beantwortet der Psychiater kurz die an ihn gestellten Fragen.

### 3. Form des Gutachtens

Gem. § 126 StPO liegt es im Ermessen der Untersuchungsbehörde, ob der Sachverständige das Gutachten in mündlicher oder schriftlicher Form zu erstatten hat.

In der Praxis hat sich allgemein die schriftliche Begutachtung durchgesetzt. Dies ist zu begrüßen, da der Experte nicht nur die ihm vorgelegten Fragen zu beantworten hat, sondern auch begründen muss, wie er zu seinen Schlussfolgerungen gelangt ist. Die Ueberprüfung der Gutachtensergebnisse dürfte dem Auftraggeber bei der schriftlichen Form leichter fallen als bei der mündlichen. Ein weiterer Vorteil der schriftlichen Begutachtung liegt darin, dass der Richter im Falle einer Hauptverhandlung vor Gericht direkten Einblick in die Gutachtensergebnisse hat. Denn im zürcherischen Jugendstrafverfahren zieht das Gericht kaum neue Experten bei, wenn eine Begutachtung bereits im Untersuchungsstadium erfolgreich durchgeführt worden ist. Es treten auch selten Sachverständige vor Gericht auf, die im Auftrag des Jugendanwaltes ein Gutachten erstellt haben. Diese beiden Umstände hängen damit zusammen, dass

die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit weitgehend durchbrochen sind <sup>166</sup>. Zudem empfiehlt sich die schriftliche Form im Hinblick auf ein Rechtsmittelverfahren, was allerdings von geringer praktischer Bedeutung ist, da im Jugendstrafverfahren selten Rechtsmittel ergriffen werden.

#### B. Das pädagogisch-psychiatrische Gutachten als Mittel der Persönlichkeits- erforschung

Wie bereits erwähnt wurde <sup>167</sup>, enthält das pädagogisch-psychiatrische Gutachten eine Feststellung und Beurteilung von Tatsachen, welche sich auf die persönlichen Verhältnisse des Kindes oder Jugendlichen beziehen, womit das Gutachten zu einem Mittel der Persönlichkeitserforschung wird.

Im folgenden sollen die anderen Mittel der Persönlichkeitsabklärung kurz dargestellt werden und hernach der Stellenwert aufgezeigt werden, welcher dem pädagogisch-psychiatrischen Gutachten zukommt.

An erster Stelle steht zweifellos die Einvernahme des Kindes oder Jugendlichen zur Person, denn der Jugendanwalt hat den Minderjährigen ebenfalls zum strafbaren Sachverhalt zu befragen. Da sich im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung oft wertvolle Hinweise ergeben, lässt sich die Befragung zur Person und zur Sache oft nicht trennen <sup>168</sup>.

Die Einvernahme hat nicht nur informativen Charakter, sondern ihr kommt v.a. pädagogische Bedeutung zu. Der Jugendanwalt sollte versuchen, zum Minderjährigen eine Vertrauensbeziehung herzustellen, welche Grundlage eines jeden Erziehungsprozesses bildet. Ebenso sollte er dem jungen Täter zur positiven Verarbeitung seines Deliktes verhelfen.

---

166 Sh. hinten S. 59

167 Sh. vorne S. 35/36

168 Vgl. Boehlen S. 52

Sodann sind die Eltern als unerlässliche Auskunftspersonen heranzuziehen. Vielfach sind nur sie in der Lage, wichtige Informationen über die persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen zu liefern, v.a. was die frühkindliche Entwicklung anbetrifft. Zudem steht ihnen ein Recht auf Orientierung und Anhörung zu <sup>169</sup>.

In einigen Fällen vermögen die Auskünfte des straffälligen Minderjährigen und der Eltern nicht genügend Aufschluss über die Problematik des Falles zu geben, da die Aussagen der erwähnten Personen vielfach mangelhaft und subjektiv geprägt sind. So verschweigen die Eltern bewusst oder unbewusst relevante Tatsachen oder stellen diese falsch dar und interpretieren das abweichende Verhalten ihres Kindes in einer für sie vorteilhaften Weise. Der Jugendanwalt holt deshalb zwecks Ergänzung und Objektivierung dieser Auskünfte Berichte von Personen ein, von denen er auf Grund ihrer Stellung eine objektivere Beurteilung des jungen Menschen erwarten kann, so insbesondere von Organen der öffentlichen und privaten Fürsorge, Lehrern, Psychologen, Berufsberatern, Arbeitgebern, Lehrmeistern, Ärzten <sup>170</sup> etc. oder er befragt die erwähnten Personen <sup>171</sup>.

Als weiteres Informationsmaterial dienen dem Jugendanwalt Akten, z.B. gerichtliche Akten über Scheidung und Trennung der Eltern, über die Feststellung der Vaterschaft und Anfechtung der Ehelichkeit, Vormundschafts- und Fürsorgeakten sowie Akten früherer Strafverfahren <sup>172</sup>.

Im Verhältnis zu den anderen Mitteln der Persönlichkeitserforschung und gemessen an der Gesamtzahl der jugendlichen Delinquenten werden pädagogisch-psychiatrische Gutachten, ja überhaupt Gutachten, selten eingeholt <sup>173</sup>. Aus

---

169 Boehlen a.a.O.

170 Bei den Ärzten ist jedoch die Schweigepflicht zu beachten. Sh. dazu hinten S. 111 ff.

171 § 377 Abs. 1 StPO sieht als Auskunftspersonen Angehörige, Erzieher und weitere geeignete Personen vor.

172 Vgl. Sameli, Persönlichkeitserforschung S. 53

173 So erfolgten im Kanton Zürich im Jahre 1974 2245 Verurteilungen, wovon 57 Fälle psychiatrisch-pädagogisch begutachtet wurden. Im Jahre 1975 wurden 60 von 2637 verurteilten Kindern und Jugendlichen begutachtet,

dieser Tatsache darf jedoch nicht auf die Untauglichkeit dieser Beurteilungsart geschlossen werden. Dieser Umstand lässt sich wohl damit erklären, dass die Mehrzahl der jugendlichen Täter Gelegenheitsdelinquenten sind, deren Problematik vom Jugendanwalt oder Sozialarbeiter ohne Beizug von Experten gelöst werden kann. Zudem stellt jede Begutachtung einen tiefen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Exploranden und seiner Angehörigen dar, so dass sie nur bei absoluter Notwendigkeit angeordnet werden darf. Ferner muss leider ein praktischer Gesichtspunkt berücksichtigt werden: Vielfach wird auf eine Begutachtung verzichtet, weil die Kapazität der ambulanten Begutachtungsmöglichkeit beschränkt ist, die bestehenden Beobachtungsstationen ein ungenügendes Platzangebot aufweisen und bis heute keine jugendpsychiatrischen Kliniken bestehen, obwohl ein dringendes Bedürfnis dafür vorhanden ist <sup>174</sup>.

#### C. Das pädagogisch-psychiatrische Gutachten als Grundlage der Nacherziehung und Behandlung

Das Gutachten wird somit im jeweiligen Verfahren als Entscheidungsgrundlage herangezogen. Darüber hinaus arbeitet der Experte in der Regel Richtlinien für den Vollzug aus. Diese betreffen jedoch lediglich einige wichtige, in der Nacherziehung zu beachtenden Punkte <sup>175</sup>, denn es kann m.E. nicht Aufgabe des Experten sein, einen vollumfänglichen Erziehungs- oder Behandlungsplan

---

1976 waren es 67 von 2988 straffälligen Minderjährigen. (Entnommen aus dem Geschäftsbericht des Regierungsrates: 1974 (S. 396/97); 1975 (S. 409/10); 1976 (S. 436 - 38))

- 174 Zur Forderung, jugendpsychiatrische Kliniken zu errichten, sh. Memorandum 6/7 lit. c., Furger S. 418/419. Die Abklärung von Jugendlichen in konventionellen psychiatrischen Kliniken vermag deshalb nicht zu befriedigen, weil diese lediglich auf die Bedürfnisse der erwachsenen Patienten ausgerichtet sind und der in den meisten Fällen bestehenden Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen keine Rechnung tragen. So fehlt das erzieherische Fordern und Fördern, die Wirkung der Gruppendynamik im Zusammensein mit Gleichaltrigen und die für den Jugendlichen sehr wichtige Möglichkeit einer umfassenden Berufsabklärung. Auf der anderen Seite bedeutet die stationäre Abklärung des Jugendlichen im Hinblick auf dessen Disziplinlosigkeit und hohen Ansprüche an die Umwelt eine grosse Belastung für die anderen Klinikinsassen (Furger a.a.O.).
- 175 In diesem Sinne wohl auch Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 43. A.M. offenbar Stutte, welcher im Hinblick auf die Anordnung einer Massnahme die Aufstellung eines klaren Erziehungsplanes fordert (S. 71).

aufzustellen. Gerade bei einer Heimeinweisung wird es Sache des jeweiligen Heimes sein, die pädagogischen Grundsätze herauszuarbeiten. Eine ambulante Begutachtung oder ein Beobachtungsaufenthalt von drei bis sechs Monaten sind für den Psychiater in der Regel zu kurz, um allgemeingültige Verhaltensregeln aufstellen zu können. Ausserdem ist die erzieherische Situation zwischen den einzelnen Beobachtungsstationen und Heimen verschieden, denn sowohl die Erzieherpersönlichkeiten wie auch die Gruppenzusammensetzung der Zöglinge sind naturgemäss unterschiedlich. Demgemäss dient das pädagogisch-psychiatrische Gutachten nur in beschränktem Umfang als Grundlage der Nacherziehung und Behandlung.

#### D. Das Gutachten als Beweismittel

Das vordergründigste Ziel des Strafverfahrens liegt in der Entscheidung darüber, ob ein bestimmtes menschliches Verhalten strafbar ist und wie der Staat darauf reagieren soll. Diese Entscheidung beruht auf einer doppelten Grundlage: Einerseits in der Ueberzeugung vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines bestimmten Sachverhaltes und andererseits in der Anwendung der Rechtsnormen, die den gewonnenen Feststellungen entsprechen. Die Grundlage für den ersterwähnten Vorgang bildet der Beweis<sup>176</sup>. Unter den Begriff des Beweises fällt nicht nur die erwähnte Feststellung des Sachverhaltes, die sog. Beweisführung, sondern auch die Gewinnung des Ergebnisses der Beweisführung (sog. Beweisergebnis) sowie das Mittel, durch welches dem Auftraggeber der Beweis zugeführt wird (sog. Beweismittel)<sup>177</sup>.

Gegenstand des Beweises bilden in erster Linie Tatsachen, d.h. Geschehnisse (Ereignisse, Handlungen) und Zustände und zwar sowohl äussere Tatsachen (z.B. der Handlungsablauf eines Diebstahls) als auch innere Tatsachen (z.B. das Verhältnis des Jugendlichen zu Elternhaus und Schule)<sup>178</sup>. Je nach ihrer

---

176 Vgl. Henkel S. 262

177 Vgl. Rom S. 157

178 Vgl. Henkel S. 263

Bedeutung zerfallen die Tatsachen ferner in Haupttatsachen oder rechtserhebliche Tatsachen, Hilfstatsachen und Indizien <sup>179</sup>.

Als weiterer Gegenstand des Beweises fallen Erfahrungssätze in Betracht. Darunter sind die auf allen Wissensgebieten und Lebensbereichen bestehenden Erfahrungsregeln zu verstehen, die vorwiegend aus der Beobachtung von Einzelfällen gewonnen werden. Für den Richter sind sie deshalb von Bedeutung, da ihm vielfach nur mit ihrer Hilfe der Schluss der Haupttatsachen oder Indizien möglich ist <sup>180</sup>.

Dagegen bilden rechtliche Begriffe und Schlüsse niemals Gegenstand des Beweises <sup>181</sup>.

Das pädagogisch-psychiatrische Gutachten ist das Ergebnis von Sachverständigentätigkeit, welche sich nach herrschender Auffassung <sup>182</sup> stets auf drei Grundformen zurückführen lässt:

1. Das Gutachten kann Erfahrungssätze enthalten, die der Sachverständige auf Grund seiner psychiatrischen Fachkenntnisse übermittelt, z.B. die Tatsache, dass Epilepsie zu psychischen Veränderungen führen kann.

---

179 Haupttatsachen oder rechtserhebliche Tatsachen sind Tatsachen, welche sich auf den zu beurteilenden Vorgang selbst beziehen, z.B. die Tatsache, dass der Warenhausdetektiv den Jugendlichen beim Diebstahl einer Ware beobachtet hat. Hilfstatsachen haben dagegen nur die Beweiskraft von Beweismitteln zum Gegenstand, z.B. ob der als Zeuge herbeigezogene Warenhausdetektiv glaubwürdige Aussagen macht. Bei den Indizien handelt es sich schliesslich um Tatsachen, die einen Schluss auf rechtserhebliche Tatsachen zulassen, z.B. die Tatsache, dass der Jugendliche gegenüber Kameraden geäussert hat, er werde einen Diebstahl begehen. Vgl. dazu etwa Kern-Roxin S. 109

180 Vgl. dazu Schmidt, Lehrkommentar II, Vorbemerkungen zum 6. und 7. Abschnitt B III N 8 S. 101, ferner Guldener S. 338

181 Davon ausgenommen sind allerdings ausländische Rechtssätze. Vgl. Guldener a.a.O.

182 Vgl. u.a. Jessnitzer S. 21 ff., Kern-Roxin S. 132, Schmidt, Lehrkommentar II, Vorbem. 7-9 vor § 72 dStPO, Henkel S. 217. Meyer nennt zusätzlich als vierte Art von Sachverständigentätigkeit die blosse Verrichtung. Diese besteht darin, dass der Sachverständige im Auftrag der Strafverfolgungsbehörde bestimmte Eingriffe am Körper des Beschuldigten oder Zeugen vornimmt, z.B. eine Blutprobe. In: Löwe/Rosenberg Rdn. 4 vor § 72 dStPO.

2. Ferner kann der Inhalt des Gutachtens lediglich aus Tatsachenfeststellungen des Psychiaters bestehen, z.B. der Feststellung, dass in einem bestimmten Elektroencephalogramm krankhafte Veränderungen vorliegen.
3. Bei der dritten Gutachtensart schliesslich zieht der Sachverständige mit Hilfe seiner Sachkunde Schlussfolgerungen aus feststehenden, d.h. vom Auftraggeber mitgeteilten Tatsachen. Dabei darf sich der Experte nicht auf die Mitteilung des Ergebnisses beschränken. Vielmehr muss er die von ihm angewendeten Erfahrungssätze darlegen sowie den Gedankengang aufzeigen, welcher von den Erfahrungssätzen zum gewonnenen Ergebnis führt, damit der Auftraggeber das Gutachten auf seine Schlüssigkeit hin überprüfen kann.

Beim jugendstrafrechtlichen Gutachten handelt es sich in der Regel um eine Kombination der 2. und 3. Kategorie der erwähnten Sachverständigen-Aussagen, indem der Experte beauftragt wird, kraft seiner besonderen Sachkunde Tatsachen festzustellen und hernach aus dem selber gewonnenen sowie aus dem vom Auftraggeber unterbreiteten Tatsachenmaterial Schlussfolgerungen zu ziehen<sup>183</sup>.

Hat sich der Sachverständige im Jugendstrafverfahren zur Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Massnahmebedürftigkeit - oder in wenigen Fällen zur Zurechnungsfähigkeit des Minderjährigen - zu äussern und lässt er dem Auftraggeber das Ergebnis seiner Untersuchung in Form eines Gutachtens zukommen, so wird diese Sachverständigen-Aussage nach herrschender Lehre<sup>184</sup> und Rechtsprechung<sup>185</sup> zu einem Beweismittel. Die Rechtsnatur der Ex-

---

<sup>183</sup> Näheres dazu, sh. hinten S. 78 ff.

<sup>184</sup> In der Literatur herrscht allerdings Unklarheit darüber, ob das Gutachten oder der Sachverständige als Beweismittel zu bezeichnen sei. Etwa folgende Autoren betrachten das Gutachten als Beweismittel: Aus der älteren Literatur Mezger S. 127, Rom S. 159, wohl auch Rosenfeld S. 140, aus der neueren Literatur Löwe-Rosenberg Anm. 17 a zu § 359 dStPO, Panhuysen S. 25. Den Sachverständigen als Beweismittel charakterisieren dagegen expressis verbis Schmidt, Lehrkommentar II Erl. 22 zu § 359 dStPO und Peters, Fehlerquellen III S. 72.

<sup>185</sup> Das Zürcher Obergericht erkannte ausdrücklich, dass unter den neuen Tatsachen und Beweismitteln, die gem. § 449 Ziff. 3 StPO für die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten eines Verurteilten geltend gemacht werden, auch das Sachverständigen-Gutachten zu verstehen ist (ZR VI Nr. 107, ZR 32 Nr. 195. Für das Zivilprozessrecht, sh. ZR 61 Nr. 87 und ZR 68 Nr. 112).

pertise als Beweismittel ergibt sich zudem aus deren Stellung in der zürcherischen StPO, indem das Gutachten Sachverständiger im selben Titel wie der Augenschein geregelt ist. Dieser hat unzweifelhaft den Charakter eines Beweismittels <sup>186</sup>.

In seiner Eigenschaft als Beweismittel wird das Gutachten zu den Akten gelegt und kann somit von den zur Akteneinsicht berechtigten Personen eingesehen werden <sup>187</sup>, denn nach Lehre <sup>188</sup> und Rechtsprechung <sup>189</sup> muss den Parteien gemäss dem Prinzip des rechtlichen Gehörs das gesamte Aktenmaterial mit allen Belastungs- und Entlastungsbeweisen zur Einsichtnahme offen stehen.

Das Akteneinsichtsrecht ist ein Mittel des Angeschuldigten bzw. des Verteidigers, sich über den Stand des Verfahrens zu orientieren, um sich entsprechend verteidigen zu können. Belastende Beweismittel, zu welchen der Angeschuldigte bzw. der Verteidiger nicht Stellung nehmen konnte, sind für das Urteil nicht verwertbar <sup>190</sup>.

Der Grundsatz des Akteneinsichtsrechtes besteht auch für das zürcherische Jugendstrafverfahren, was e contrario aus § 369 Abs. 1 StPO hervorgeht. Nach der erwähnten Bestimmung kann das Akteneinsichtsrecht jedoch eingeschränkt werden. Wem gegenüber und inwieweit diese Einschränkungsmöglichkeit besteht, soll an späterer Stelle erörtert werden <sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> ZR 32 Nr. 195

<sup>187</sup> Wer zur Akteneinsicht legitimiert ist, sh. hinten S. 158 ff.

<sup>188</sup> Vgl. u.a. Hauser/Hauser, Kommentar GVG S. 608/09, Tinner S. 346 ff., Huber S. 87, Helfenstein S. 220 ff. und dort zit. Autoren

<sup>189</sup> BGE 53 I 23, 113/14, 83 I 155 E.5, 92 I 187, 263, 97 I 616 E.4, 101 Ia 309 E.2a. Im letzterwähnten Entscheid hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass eine bloss indirekte Kenntnissgabe des Gutachtensinhaltes durch mündliche Auskunft oder Einsicht in einen Extrakt im allgemeinen nicht genügt. Zum Prinzip der offenen Akten, sh. ferner ZR 49 Nr. 19 SJZ 48 S. 92 ff.

<sup>190</sup> Vgl. Huber, S. 77 und 87

<sup>191</sup> Sh. hinten S. 164 ff.

## § 2 Verfahrensrechtliche Grundlagen

### I. Gesetzliche Grundlagen

Im folgenden soll dargestellt werden, welche Rechtsnormen im zürcherischen Jugendstrafverfahren zur Anwendung gelangen.

#### A. Das Verhältnis des eidgenössischen Rechts zum kantonalen Recht

Gem. Art. 64 BV sind grundsätzlich die Kantone zum Erlass von verfahrensrechtlichen Normen im Strafrecht zuständig. Um das materielle Recht durchsetzen und vereinheitlichen zu können, hat der Bundesgesetzgeber jedoch einige verfahrensrechtliche Bestimmungen aufgestellt. So hat er u.a. in Art. 83 und 90 StGB das Vorgehen bei der Persönlichkeitserforschung geregelt und in Art. 372 StGB den Gerichtsstand vorgeschrieben.

#### B. Das Verhältnis der allgemeinen Verfahrensnormen zu den jugendstrafrechtlichen Sonderbestimmungen

Im Kanton Zürich ist das Jugendstrafverfahrensrecht nicht in einer speziellen Prozessordnung, sondern in einem besonderen Abschnitt der StPO (VII. Abschnitt, § 367 - 389 StPO) und an verschiedenen Stellen im GVG (§ 33 - 35 und § 92 - 94 GVG) geregelt. Da sich darin aber nur die wichtigsten Verfahrens- und Organisationsbestimmungen finden, sind die Vorschriften des allgemeinen Verfahrensrechtes subsidiär anwendbar, sofern sie nicht einer jugendstrafrechtlichen Sonderbestimmung widersprechen<sup>192</sup>. Für die vorliegende Arbeit sind insbesondere die Bestimmungen über den Sachverständigenbeweis von Bedeutung (§ 109 - 127 StPO).

---

<sup>192</sup> Der frühere Art. 31 EGStGB sah diese Verweisung ausdrücklich vor. In der revidierten Fassung (StPO-Revision von 1974) ist sie wohl deshalb ausgeblieben, weil die jugendstrafrechtlichen Organisationsbestimmungen ins GVG und die verfahrensrechtlichen Normen in die StPO eingefügt wurden, während sie früher im 5. Titel des EGStGB gesondert aufgeführt worden sind.

## II. Die Jugendstrafbehörden und deren Kompetenzen

### A. Vorbemerkung

Im zürcherischen Jugendstrafverfahren wirken folgende Strafrechtsorgane mit: der Jugendanwalt, eine Abteilung des Bezirksgerichtes als Jugendgericht sowie eine Kammer des Obergerichtes als Rechtsmittelinstanz<sup>193</sup>.

Im folgenden werden Stellung und Bedeutung des Jugendanwaltes erörtert, und es wird ferner das Jugendgericht charakterisiert. Diese beiden Strafrechtsorgane spielen bei der Begutachtung eine Rolle. Auf die Darstellung des Obergerichtes kann im Hinblick auf dessen geringe Bedeutung für das Jugendstrafverfahren im allgemeinen und für diese Arbeit im besonderen verzichtet werden.

### B. Kompetenzen, verfahrensrechtliche Stellung und Bedeutung des Jugendanwaltes

#### 1. Kompetenzen des Jugendanwaltes

Als wichtigste Aufgabe obliegt dem Jugendanwalt die Untersuchung gegen Kinder und Jugendliche, die ein Verbrechen oder Vergehen begangen haben und seit der Revision des GVG von 1975 auch gegen Kinder, die einer Uebertretung angeschuldigt werden (§ 94 GVG)<sup>194</sup>.

Im Rahmen seiner Untersuchungstätigkeit, die sich sowohl auf die Abklärung des strafbaren Sachverhaltes als auch auf die Erforschung der Persönlichkeit des Minderjährigen erstreckt, ist er ermächtigt, Untersuchungshaft anzuordnen<sup>195</sup>. Ferner kann er den Angeschuldigten zwecks Beobachtung und Begutachtung in eine Beobachtungsstation oder Klinik einweisen (§ 380 Abs. 1 StPO).

---

193 Als weitere Behörde amtete vor der Revision der StPO v. 1974 die Schulbehörde, allerdings nur bei Uebertretungen von Kindern.

194 Gegenüber Jugendlichen finden bei Uebertretungen die ordentlichen Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen Anwendung, mit dem Unterschied allerdings, dass anstelle des Bezirksanwaltes der Jugendanwalt tritt (§ 94 Abs. 2 GVG in Verb. mit § 334 und 335 StPO).

195 Gem. § 380 Abs. 3 StPO bei Flucht- oder Verdunkelungsgefahr

Zudem hat er die Möglichkeit, den straffälligen Minderjährigen in einer geeigneten Familie, einem Erziehungsheim oder einer ärztlich geleiteten Anstalt vorsorglich unterzubringen, "solange die persönliche, erzieherische oder gesundheitliche Betreuung des Angeschuldigten anders nicht gewährleistet werden kann". (§ 380 Abs. 2 StPO)

Sodann übt er in leichteren Fällen richterliche Entscheidungsfunktionen aus<sup>196</sup>. In den Fällen, welche ausserhalb seines Kompetenzbereiches liegen - wobei es sich um einschneidende Massnahmen und Disziplinarstrafen handelt<sup>197</sup> - überweist der Jugendanwalt die Akten mit seinem Schlussbericht dem Jugendgericht. Darin bezeichnet er den Straftatbestand und stellt Anträge, die er kurz zu begründen hat (§ 385 StPO).

Schliesslich ist der Jugendanwalt mit dem Vollzug der Massnahmen und Strafen betraut (Art. 86<sup>bis</sup> und 93<sup>bis</sup> StGB). Im Rahmen dieser Aufgabe stehen ihm sehr weitgehende Entscheidungsbefugnisse zu, welche für diese Arbeit nicht weiter von Interesse sind<sup>198</sup>.

---

196 Dem Jugendanwalt stehen folgende Urteilsbefugnisse zu: Gem. § 384 Abs. 1 StPO schliesst er die Untersuchung mit einer "Erziehungsverfügung" ab und zwar

- "1. gegenüber Kindern, falls er nicht eine Verfügung über deren Aufenthalt treffen will (d.h. keine Fremdfamilienplatzierung oder Heimeinweisung anordnen will, V.W.)
2. gegenüber Jugendlichen, die den Sachverhalt eingestanden haben,
  - a) wenn er einen Verweis erteilen oder keine höhere Strafe als vierzehn Tage Arbeitsleistung oder Einschliessung oder eine Busse bis Fr. 500.-- aussprechen will;
  - b) wenn er eine Massnahme ohne Verfügung über den Aufenthalt des Angeschuldigten treffen will;
  - c) wenn er von Massnahmen oder Strafen absehen oder deren Anordnung aufschieben will, wofür die Genehmigung der Jugendstaatsanwaltschaft erforderlich ist."

Ausserdem ist der Jugendanwalt - unter Vorbehalt der Genehmigung des Jugendstaatsanwaltes - zur Einstellung des Verfahrens befugt (§ 383 StPO).

197 Sh. hinten S. 52

198 Vgl. Boehlen, Kommentar zu Art. 93<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB (Vollzug und Versetzung in eine Arbeitserziehungsanstalt), Art. 93<sup>ter</sup> (Einweisung in ein Erziehungsheim für besonders schwierige Jugendliche), Art. 94 (Bedingte

## 2. Verfahrensrechtliche Stellung und Bedeutung des Jugendanwaltes

Wie an früherer Stelle erwähnt wurde <sup>199</sup>, liegt es im Ermessen des Jugendanwaltes, ob und inwieweit die persönlichen Verhältnisse abgeklärt werden sollen. Er nimmt den ersten Kontakt mit dem straffälligen Minderjährigen auf und stellt sozusagen die "Weichen" für das weitere Vorgehen. Somit bestimmt er massgeblich den Ausgang des Verfahrens <sup>200</sup>.

Die Stellung des Jugendanwaltes erhält nicht nur durch die Bestimmung von Art und Umfang der Persönlichkeitserforschung grosses Gewicht, sondern auch durch seine entscheidende Beteiligung an der Urteilsfindung in den Fällen, für welche das Jugendgericht zuständig ist. Zwar steht ihm kein Teilnahme-recht an den Urteilsberatungen zu, was verschiedentlich zu Recht kritisiert worden ist <sup>201</sup>. Seine Einflussnahme gestaltet sich vielmehr folgendermassen:

Wenn ein Fall gerichtlich zu beurteilen ist, so nimmt der Jugendanwalt in der Untersuchungsphase in der Regel eingehende Beweiserhebungen sowohl in bezug auf den strafrechtlichen Sachverhalt als auch über die persönlichen Verhältnisse vor. In der Hauptverhandlung wird üblicherweise kein Beweis-verfahren durchgeführt, m.a.W. sind die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit weitgehend durchbrochen <sup>202</sup>. Abgesehen vom persönlichen Eindruck, den sich der Richter vom Angeschuldigten und meist auch vom gesetzlichen Vertreter durch ein Gespräch verschafft, schöpft er sein Wissen weitgehend aus den Akten. Der Schwerpunkt des Jugendstrafverfahrens liegt somit bei der Untersuchung, was verschiedene Gründe hat.

---

Entlassung und Aufhebung der Massnahme) und Art. 94 <sup>bis</sup> (Entlassung aus der besonderen Behandlung).

199 Sh. vorne S. 25

200 Vgl. Stieger-Gmür S. 188/89

201 Vgl. E. Hauser S. 97, Beglinger S. 126/27, Stieger-Gmür S. 194

202 Nach dem Grundsatz der Mündlichkeit muss der gesamte Prozessstoff mündlich dargelegt und erörtert werden. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt, dass sämtliche Beweise in der Hauptverhandlung erhoben werden müssen.

Zum einen drängen sich in der Untersuchungsphase deshalb umfassende Beweiserhebungen auf, weil sich der Jugendanwalt vorerst Klarheit darüber verschaffen muss, ob der betreffende Fall in seinen Kompetenzbereich oder in denjenigen des Gerichtes fällt. Zum anderen hat er seine Anträge fundiert zu begründen. Ferner ist eine umfassende Persönlichkeitserforschung vor der Anklageerhebung vor Gericht auch deshalb erforderlich, weil für den Jugendlichen die Belastung durch ein Gerichtsverfahren nur dann gerechtfertigt ist, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit eine im gerichtlichen Zuständigkeitsbereich liegende Sanktion erwartet wird <sup>203</sup>.

Auf eingehende Beweiserhebungen vor Gericht wird andererseits verzichtet, um das Verfahren nicht unnötig in die Länge zu ziehen und ihm keinen pompösen und theatralischen Anstrich zu verleihen, was aus den zahlreichen Zeugen- und Sachverständigeneinvernahmen zwangsläufig resultieren würde <sup>204</sup>. Da infolge der Abklärung der persönlichen Verhältnisse zudem oft stark in die Intimsphäre des Minderjährigen und der Angehörigen eingedrungen wird, wäre die Darstellung der Untersuchungsergebnisse in unmittelbarer Beweisführung vor Gericht mit unverhältnismässigem Aufwand und negativen Auswirkungen für die Betroffenen verbunden <sup>205</sup>. Schliesslich kann auf die strikte Einhaltung der Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit umso eher verzichtet werden, als das Jugendstrafverfahren nicht öffentlich ist <sup>206</sup>.

Die eingangs erwähnte indirekte Einflussnahme des Jugendanwaltes auf die richterliche Urteilsbildung ist nun so zu verstehen, dass das in der Regel nicht-spezialisierte Jugendgericht die Anträge des Jugendanwaltes vielfach unbesehen übernimmt und zwar aus der Erkenntnis heraus, dass dieser den einzelnen Fall viel gründlicher erforscht hat, als es dem Gericht jemals möglich wäre. Dadurch, dass das Jugendgericht eine formelle Sanktionierung der Anträge des Jugendanwaltes vornimmt, wird dieser, wenn auch nicht in rechtlicher,

---

203 Vgl. Stieger-Gmür S. 190/91

204 Vgl. Girsberger S. 109

205 Vgl. dazu Girsberger S. 110

206 Die beiden Prinzipien stehen in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens. Zu diesem Grundsatz, sh. hinten S. 57/58

so doch in faktischer Hinsicht zum Leiter der Hauptverhandlung<sup>207</sup>. Das Jugendgericht hingegen wird zu einem reinen "Bestätigungsinstitut"<sup>208</sup>.

Wie Stieger-Gmür zu Recht ausführt, widerspricht diese starke Einflussnahme des Jugendanwaltes auf die richterliche Entscheidungsbildung dem Grundgedanken des Akkusationsprinzips<sup>209</sup>. Sie weist dann andererseits auf die verschiedentlich erhobene Forderung hin, das Prinzip der Gewaltentrennung zugunsten von pädagogischen Grundsätzen zurücktreten zu lassen. Schliesslich erwähnt sie vermittelnd die Möglichkeit, die faktische Herrschaft des Jugendanwaltes dadurch einer Kontrolle zu unterwerfen, dass die vom Untersuchungsbeamten informell eingeholten Beweise in der Hauptverhandlung durch formelle Beweismittel überprüft werden können<sup>210</sup>. Dieser Feststellung ist grundsätzlich beizupflichten. Doch erlangt die Ueberprüfungsmöglichkeit in der Praxis solange keine Bedeutung, als sich das Jugendgericht aus nicht-kriminologisch geschulten Richtern zusammensetzt und daher die Notwendigkeit der Beweiserhebung oft übersehen wird. Einer allfälligen Allmacht des Jugendanwaltes kann m.E. nur mit der Schaffung eines Spezialjugendgerichtes begegnet werden<sup>211</sup>.

Nach all dem Gesagten wird ohne weiteres klar, dass der Jugendanwalt im Jugendstrafverfahren eine Schlüsselposition einnimmt. Im Hinblick auf seine bedeutende verfahrensrechtliche Stellung ist dieser seit der Revision der StPO von 1974 im Falle einer Gerichtsverhandlung zur Teilnahme verpflichtet (§ 386 StPO), was aus folgenden Gründen zu begrüssen ist:

Er ist mit der Problematik des Falles am besten vertraut. Zudem würde sich der angeschuldigte Minderjährige verraten und verlassen fühlen, wenn diejenige Person, welche sich während der Untersuchung am meisten mit ihm befasst

---

207 Vgl. Frey, Organisation S. 11

208 E. Hauser S. 52

209 Nach dem Akkusationsprinzip werden Strafuntersuchung und Urteilsfindung von zwei verschiedenen Strafrechtsorganen durchgeführt.

210 Stieger-Gmür S. 193

211 Sh. dazu hinten S. 53/54

hat, nicht anwesend wäre<sup>212</sup>. Ein weiterer wichtiger Grund zur Teilnahme an der Gerichtsverhandlung resultiert aus der spezifischen Stellung des Jugendanwaltes im Verfahren vor Gericht: Er ist Ankläger und besitzt als solcher Parteistellung. Darüber hinaus hat er aber auch die Funktion eines Fürsorgers<sup>213</sup>. Diese Doppelstellung ist auf den ersten Blick nicht ganz unproblematisch, fragt es sich doch, ob eine solche Verbindung von "Erziehung" und "Strafe" nicht zwangsläufig zu inneren Spannungen führen muss, die es dem Minderjährigen verunmöglichen, zum Jugendanwalt eine Vertrauensbeziehung einzugehen. Dazu ist zu bemerken, dass solche Bedenken wohl im Erwachsenenstrafrecht im Hinblick auf dessen repressiven Charakter<sup>214</sup> angebracht sind, kaum jedoch im Jugendstrafrecht, wo der ganze Verfahrensablauf pädagogisch ausgerichtet ist und zudem der jugendliche Täter das Verständnis und den Willen zum Helfen von Seiten des Jugendanwaltes in der Regel spürt.

### C. Das Jugendgericht

Dem Jugendgericht fällt - negativ ausgedrückt - in den Fällen die Urteilsfindung zu, für welche der Jugendanwalt nicht zuständig ist<sup>215</sup> nämlich

- im Falle einer jugendstrafrechtlichen Massnahme i.S. von Art. 84 bzw. 91 und 85 bzw. 92 StGB mit Verfügung über den Aufenthalt des Kindes oder Jugendlichen, in concreto der Fremdfamilienplatzierung, Heimeinweisung und der im Rahmen einer besonderen Behandlung durchgeführten Klinikeinweisung,
- wenn der Jugendanwalt bei einem Jugendlichen eine Arbeitsleistung oder Einschliessungsstrafe von mehr als 14 Tagen sowie eine Geldbusse von mehr als Fr. 500.-- beantragt und schliesslich
- wenn der Jugendliche nicht geständig ist.

---

212 Vgl. Beglinger S. 126

213 Sh. dazu etwa E. Hauser S. 96/97

214 Sh. dazu hinten S. 71

215 § 385 in Verb. mit § 384 StPO

Im Kanton Zürich existiert bis heute kein eigentliches Jugendgericht i.S. eines Spezialgerichtes, sondern die Jugendstraftrechtsfälle werden von einer Abteilung des Bezirksgerichtes behandelt.

Auf Grund von § 35 GVG wird dem Kantonsrat die Möglichkeit eingeräumt, ein Spezialjugendgericht zu schaffen. Dieses bestünde aus zwei Mitgliedern des Bezirksgerichtes und aus nebenamtlichen, für die Jugendstraftrechtspflege besonders geeigneten Jugendrichtern, deren Zahl vom Kantonsrat festzulegen wäre. Von ihrer Ausbildung her wären dazu v.a. Pädagogen, Jugendpsychologen und -psychiater sowie Fürsorger prädestiniert. Im Hinblick auf die Erziehungserfahrung und die natürliche Fähigkeit, mit dem jungen Menschen eine Vertrauensbeziehung einzugehen, wäre auch die Anwesenheit einer Frau erwünscht <sup>216</sup>.

Doch die Möglichkeit, ein Sondergericht zu gründen, blieb schon bei den vergangenen zwei StPO-Revisionen ungenutzt <sup>217</sup> und dürfte wohl auch in naher Zukunft nicht zu dessen Realisierung führen. Als Argument wird etwa vorgebracht, dass die Persönlichkeitsuntersuchung durch den Jugendanwalt vorgenommen werde und das Bezirksgericht genügend Verständnis für die Beurteilung und Behandlung des Minderjährigen aufbringe. Ausserdem wird die übermässige finanzielle Belastung ins Feld geführt <sup>218</sup>.

Es trifft zwar zu, dass der Schwerpunkt der Persönlichkeitserhebung im Untersuchungsstadium liegt und die Erforschung der persönlichen Verhältnisse vom Jugendanwalt im Falle einer gerichtlichen Beurteilung der Tat des Minderjährigen eingehend erfolgt. Da es dem Jugendanwalt jedoch versagt ist, an den Urteilsberatungen des Gerichtes teilzunehmen, muss das Gericht über eigene Sachkunde verfügen. Das Verständnis für die Jugend allein reicht nicht aus <sup>219</sup>. Angesichts der Tatsache, dass die Jugendstraftrechtsfälle in der Regel mehr kriminologische als juristische Probleme aufwerfen, hat sich diese Sach-

---

216 Vgl. Beglinger S. 65

217 Vgl. § 377 der StPO von 1919 und Art. 38 Abs. 3 EGStGB der StPO von 1941

218 Sh. bei Beglinger S. 66

219 In diesem Sinne auch Beglinger S. 66/67

kunde auch auf den kriminologischen Bereich zu erstrecken. Zudem ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, die auf einschneidende Massnahmen und Strafen lautenden Anträge des Jugendanwaltes auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen, wozu mit Vorteil Sachverständigen-Richter beigezogen werden <sup>220</sup>.

Aber nicht nur die Beurteilung der Problematik des Falles erfordert Kenntnis-  
se um die besondere psychische Beschaffenheit des Minderjährigen, sondern  
auch die Leitung der Gerichtsverhandlung und das Abfassen von Gerichtsurtei-  
len verlangt in hohem Masse pädagogisches Geschick und Erfahrung. Wie wei-  
ter unten zu sehen ist, vermag das Bezirksgericht in dieser Hinsicht viel-  
fach nicht zu genügen <sup>221</sup>.

Finanziellen Einwänden kann dadurch begegnet werden, dass nur ein einziges  
Jugendgericht für den ganzen Kanton zu schaffen wäre. Diesen Vorschlag  
brachte der Jugendstaatsanwalt im Vernehmlassungsverfahren zur Abänderung  
des EGStGB. Danach würde dieses Gericht folgendermassen zusammengesetzt  
sein: aus einem kantonalen Gerichtspräsidenten, einem Bezirksrichter des  
Wohnorts- oder Aufenthaltsbezirks des angeschuldigten Minderjährigen und  
drei für die Jugendstrafrechtspflege besonders geeigneten Nichtjuristen.  
Einer der drei Richter müsste aus dem Wohnsitz- oder Aufenthaltsbezirk stam-  
men <sup>222</sup>.

### III. Die verfahrensrechtlichen Grundsätze als Spiegelbild der im Jugend- strafrecht bestehenden Antinomie zwischen erzieherisch-fürsorgerischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen

#### A. Allgemeines

Auf der einen Seite ist das Jugendstrafverfahren nach erzieherisch-für-  
sorgerischen Grundsätzen zu gestalten, da sich das formelle Recht nach

---

220 Für die sachgerechte Beurteilung der Massnahmefälle durch Sachverstän-  
digen-Richter spricht sich auch Stähelin aus. In: ZStR 54 (1940) S.  
141

221 Sh. hinten S. 188/89

222 Sh. bei Beglinger S. 67

einem unbestrittenen Grundsatz der Rechtswissenschaft dem materiellen Recht anzupassen hat. Demnach muss das Verfahrensrecht dem besonderen Entwicklungsstatus des Minderjährigen Rechnung tragen. Durch das Aufstellen von Schutzbestimmungen soll verhindert werden, dass der junge Mensch durch Belastungen und Indiskretionen während des Verfahrens Schaden nimmt. Zudem sollen die verfahrensrechtlichen Normen eine genaue Erforschung der Täterpersönlichkeit ermöglichen, damit die den Bedürfnissen des Minderjährigen entsprechende Sanktion getroffen werden kann.

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass es sich beim Jugendstrafverfahren um ein Strafverfahren handelt. Deshalb müssen aus rechtsstaatlichen Gründen auch im Verfahren gegen Minderjährige gewisse Wahrheitsgarantien des modernen Strafprozesses verwirklicht werden. Die rechtsstaatlichen Bestimmungen dienen dem Schutze des Angeschuldigten vor staatlicher Willkür.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Verwirklichung des Erziehungs- und Fürsorgegedankens nicht konsequent durchgeführt werden kann, ohne mit den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen in Konflikt zu geraten, wie umgekehrt die absolute Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze das erzieherisch-fürsorgerische Konzept des Jugendstrafverfahrens zunichte machen würde. Zwischen den pädagogisch-fürsorgerischen und den rechtsstaatlichen Grundsätzen besteht somit ein Spannungsfeld. Dies hat man sich bei der Lösung von jugendstrafrechtlichen Rechtsproblemen stets zu vergegenwärtigen.

## B. Die erzieherisch-fürsorgerischen Grundsätze

Im folgenden sollen die wichtigsten erzieherisch-fürsorgerischen Grundsätze des zürcherischen Jugendstrafverfahrensrechtes dargestellt werden.

### 1. Vermeiden von erziehungswidrigen Einflüssen

Ein erzieherisch wichtiges Gebot liegt im Fernhalten jeglicher Einflüsse, die sich auf die Weiterentwicklung des Minderjährigen nachteilig auswirken könnten.

a) Trennung des Jugendstrafverfahrens vom Verfahren gegen Erwachsene

Gemäss § 375 StPO wird das Verfahren sobald als möglich, spätestens aber nach beendigter Untersuchung abgetrennt, wenn Erwachsene und Minderjährige gleichzeitig delinquieren.

Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, eine allfällige ungünstige Beeinflussung des jungen Menschen durch erwachsene Mittäter auszuschalten und zwar schon im Untersuchungsstadium. Im Gegensatz zur früheren Bestimmung (Art. 51 EGStGB) ist es nicht mehr möglich, das Verfahren bei gleichzeitiger Delinquenz von Erwachsenen und Kindern bzw. Jugendlichen öffentlich durchzuführen, was eine begrüssenswerte Neuerung darstellt <sup>223</sup>.

b) Untersuchungshaft nur bei zwingenden Gründen und in geeigneten Räumlichkeiten

Vom pädagogischen Standpunkt aus ist die Anordnung der Untersuchungshaft nicht unbedenklich. Sie kann insofern eine Gefahr bedeuten, als die Möglichkeiten erzieherischer Einflussnahme beschränkt sind, der junge Täter infolge psychischer Auswirkungen in eine gestörte Beziehung zum Jugendanwalt geraten kann und zudem die Gefahr krimineller Ansteckung durch erwachsene Gefangene besteht <sup>224</sup>. Dennoch ist die Anordnung von Untersuchungshaft in einzelnen Fällen unumgänglich. Da die Untersuchungshaft einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bedeutet, ist deren Verhängung an strenge Voraussetzungen gebunden <sup>225</sup>.

Der Vollzug sollte nicht, wie dies in der Praxis mangels anderer Möglichkeiten sehr oft geschieht, in einem Bezirksgefängnis, sondern in einer speziell auf die jugendlichen Bedürfnisse zugeschnittenen Einrichtung durchgeführt werden <sup>226</sup>.

---

223 § 375 StPO trat durch die StPO-Revision von 1974 anstelle von Art. 51 EGStGB. Das Öffentlichkeitsprinzip besteht dagegen immer noch für 18-20-jährige Minderjährige, die gleichzeitig mit Erwachsenen delinquieren (§ 372 Abs. 1 StPO).

224 Ähnlich Peters, Grundprobleme S. 188

225 Gem. § 380 Abs. 3 StPO kann Untersuchungshaft nur bei Flucht- oder Ver-

### c) Ausschluss der Oeffentlichkeit

Nach dem Prinzip der Oeffentlichkeit des Verfahrens kann jedermann bei der Hauptverhandlung vor Gericht und bei der Urteilsverkündung anwesend sein, sofern dies die räumlichen Möglichkeiten des Verhandlungssaales gestatten.

Dieser auf rechtsstaatlichen Erwägungen beruhende Grundsatz ermöglicht der Allgemeinheit, eine Kontrolle über die Rechtspflege auszuüben. Dadurch wird der Anschein von "Geheimniskrämerei" von Seiten der richterlichen Behörden vermieden. Ferner vermag das Oeffentlichkeitsprinzip das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Justiz zu stärken. Schliesslich wird damit auch dargelegt, dass die Rechtssprechung Angelegenheit des Volkes ist <sup>227</sup>.

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit, welcher im Erwachsenenstrafverfahren in bezug auf die Darlegung der Persönlichkeitsverhältnisse des Angeklagten neuerdings immer mehr angezweifelt wird <sup>228 229</sup>, findet im Jugendstrafverfahren gemäss § 372 Abs. 1 StPO keine Anwendung.

Die ratio dieser Bestimmung liegt im Schutz der Intimsphäre wie auch der Achtung der Würde des Minderjährigen und der Angehörigen. Denn durch die in der Regel ausführliche Darstellung der persönlichen Verhältnisse vor einer breiten Oeffentlichkeit würde den Betroffenen ein grosser Schaden zugefügt. Insbesondere wäre die positive Persönlichkeitsentwicklung des blossgestellten Minderjährigen wegen der Vorurteile der Allgemeinheit gefährdet und dessen Fortkommen erschwert.

---

dunkelungsgefahr angeordnet werden.

226 Sh. Näheres bei Beglinger S. 107/08

227 Sh. dazu etwa Peters, Strafprozess S. 483, Henkel S. 324, Kern-Roxin S. 227 ff.

228 Vgl. u.a. die kritischen Ausführungen von Herbst S. 546 ff. und Kühne S. 224 ff., ferner Peters, Fehlerquellen II S. 312

229 Dagegen ist das Oeffentlichkeitsprinzip bei der Darlegung des strafbaren Sachverhaltes nach wie vor unbestritten.

Der Ausschluss der Öffentlichkeit im Jugendstrafverfahren drängt sich auch deshalb auf, weil es dem Gericht in Anwesenheit eines weiteren Publikums unmöglich wäre, eine vertrauensvolle und von Offenheit geprägte Atmosphäre zu schaffen. Während gehemmte Beschuldigte befangen wären, könnten sich geltungsbedürftige Minderjährige als Helden oder Märtyrer aufspielen <sup>230</sup>.

Von den Verhandlungen muss konsequenterweise auch die Presse ausgeschlossen werden, da sie eine breite Öffentlichkeit repräsentiert <sup>231</sup>. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass eine ungeschickte Berichterstattung i.S. einer schonungslosen, auf die Befriedigung von Sensationsgelüsten ausgerichtete Darstellung der intimen Details aus dem Leben des jungen Menschen und der Angehörigen verheerende Folgen haben kann.

Der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit wird jedoch nicht strikte durchgeführt, sondern er erfährt gewisse Einschränkungen:

1. Eltern, Vormünder, Sozialarbeiter und die Geschädigten dürfen bei den Verhandlungen zugegen sein; letztere in der Regel nur bei der Behandlung ihrer Schadenersatzforderungen (§ 372 Abs. 1 StPO) <sup>232</sup>.
2. Das Gericht kann die Allgemeinheit ausnahmsweise via Presse über die Verhandlungen, seine Entscheide und deren Motive orientieren, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies verlangen <sup>233</sup>.

d) Einschränkung des Akteneinsichts- und Teilnahmerechtes an Verhandlungen beim Vorliegen von überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen oder der Angehörigen

Die in § 369 Abs. 1 StPO vorgesehene Möglichkeit der Einschränkung des Akteneinsichts- und Teilnahmerechtes an Verhandlungen beim Vorliegen von überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen oder seiner Angehörigen

---

<sup>230</sup> Vgl. dazu Girsberger S. 119, Beglinger S. 124, ferner Richtlinie 1 zu § 48 JGG

<sup>231</sup> R 22: "Die Verhandlungen finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit, einschliesslich der Presse statt."

<sup>232</sup> Sh. Näheres dazu hinten S. 183/84

<sup>233</sup> Sh. Näheres hinten S. 189 ff.

ist - wie auch das Prinzip der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens - für das Jugendstrafverfahren von elementarer Bedeutung.

Während das Prinzip der Nichtöffentlichkeit den Minderjährigen und dessen Angehörige lediglich vor allfälligen von dritter Seite ausgehenden diskriminierenden Reaktionen schützt, geht § 369 Abs. 1 StPO weiter: Mit dieser Bestimmung soll zusätzlich verhindert werden, dass ein Nachteil für den Minderjährigen und die Angehörigen entsteht, wenn die erwähnten Personen von einem bestimmten Sachverhalt Kenntnis erhalten.

Die Möglichkeit der Einschränkung des Akteneinsichts- und Teilnahmerechtes spielt beim Rechtsproblem der missbräuchlichen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens eine grosse Rolle, weshalb in jenem Zusammenhang darauf eingetreten wird <sup>234</sup>.

## 2. Erzieherische Erfordernisse

### a) Notwendigkeit des Eingehens eines Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Straforganen

Grundvoraussetzung einer wirksamen erzieherischen Begegnung ist die Gewissheit des gegenseitigen Vertrauens. Ein Vertrauensverhältnis sollte nicht nur in jedem Verfahrensstadium angestrebt werden, sondern auch von jeder Person, die in irgendeiner Weise mit dem Minderjährigen in Kontakt tritt. Darunter fällt auch der psychiatrische Sachverständige <sup>235</sup>.

### b) Beschleunigung des Verfahrens

Gemäss § 368 Abs. 1 StPO ist das Verfahren, insbesondere die Befragungen und anderen Untersuchungshandlungen mit Beschleunigung zu führen. Der erzieherische Erfolg ist nur dann optimal, wenn das Verfahren unmittelbar nach Bekanntwerden der Tat eingeleitet wird. Gerade der junge Mensch empfindet die Sanktion als Ungerechtigkeit, wenn diese lange Zeit nach Begehen

---

<sup>234</sup> Sh. hinten S. 164 ff.

<sup>235</sup> Sh. dazu hinten S. 103 ff.

der strafbaren Handlung ausgesprochen wird. Durch die Verzögerung der Verurteilung entsteht zudem die Gefahr eines erneuten Delinquierens.

Das Prinzip der Beschleunigung des Verfahrens kann jedoch mit einem anderen wichtigen jugendstrafrechtlichen Grundsatz in Widerstreit treten: dem Erfordernis nach einer gründlichen Erforschung der persönlichen Verhältnisse. Es gilt im Einzelfall abzuwägen, welchem der beiden Grundsätze Priorität zukommt.

### c) Transparenz und Flexibilität des Verfahrens

Vom erzieherischen Standpunkt aus wäre es verfehlt, den Minderjährigen mit komplizierten Fachausdrücken und allzu strengen Formalitäten zu konfrontieren, da diese bei ihm Misstrauen und Einschüchterung erzeugen würden. Sehr treffend formuliert dies Simonsohn, wenn er schreibt, dass staatlicher Organisationsperfektionismus und Pädagogik zwei sich ausschliessende Gegensätze seien <sup>236</sup>.

Das Verfahren muss flexibel und der Persönlichkeit des jungen Menschen angepasst sein, d.h. es müssen verschiedene Faktoren berücksichtigt werden, wie psychische Beschaffenheit, Alter etc. des Minderjährigen.

Der Jugendanwalt, welcher wie erwähnt den engsten Kontakt zum jungen Täter hat, sollte diesen auf jede Handlung im Verfahren vorbereiten und deren Notwendigkeit in verständlicher Form erklären, so z.B. die Begutachtung und Gerichtsverhandlung.

Seit der Revision der StPO von 1974 ist ausdrücklich vorgesehen, dass das Urteil dem Angeschuldigten in geeigneter und verständlicher Form zu erklären ist (§ 387 Abs. 2 StPO). In gleicher Weise ist dem Minderjährigen auch das Resultat der Begutachtung mitzuteilen.

---

<sup>236</sup> Simonsohn S. 206

### 3. Möglichkeit einer genauen Persönlichkeitserforschung

Indirekt ist auch die Möglichkeit einer genauen Persönlichkeitserforschung unter die erzieherisch-fürsorgerischen Grundsätze einzureihen, da eine genaue Abklärung der persönlichen Verhältnisse ja zur Verwirklichung des Erziehungs- und Fürsorgegedankens und letzten Endes zur Sozialisierung bzw. Resozialisierung des straffälligen Minderjährigen führt. Um eine umfassende Persönlichkeitserforschung durchführen zu können, benötigt die zuständige Behörde ein wirksames Instrumentarium.

In Abweichung zu den allgemeinen Verfahrensvorschriften sieht das Jugendstrafrecht deshalb folgende Bestimmungen vor:

- Wohnsitz als Gerichtsstand (a)
- Möglichkeit der informellen Befragung (b)  
und
- Verbot des Kontumazialverfahrens (c)

#### a) Wohnsitz als Gerichtsstand

Während im Erwachsenenstraßprozess der Begehungsort die örtliche Zuständigkeit bildet, sind im Jugendstrafverfahren die Behörden des Wohnsitzes oder, falls sich der Minderjährige dauernd an einem anderen Ort aufhält, die Behörden des Aufenthaltsortes zuständig <sup>237</sup>.

Die ratio dieser Sonderregelung liegt darin, dass Persönlichkeit und Milieu des jugendlichen Täters am besten dort abgeklärt werden, wo der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen besteht, wo also die persönlichen Verhältnisse am zuverlässigsten abgeklärt werden können und der Kontakt zu den mit der Erziehung Betrauten am besten hergestellt werden kann <sup>238</sup>.

---

237 Gem. Art. 372 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 StGB sind hingegen Uebertretungen am Begehungsort zu verfolgen.

238 Vgl. Boehlen S. 285 und dort zit. Autoren

## b) Möglichkeit der informellen Befragung

Aus Rücksicht auf familiäre und verwandtschaftliche Beziehungen sieht das ordentliche Verfahren eine Abweichung vom Grundsatz der Zeugnispflicht vor, indem einer bestimmten Personengruppe ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Gem. § 129 StPO fallen darunter u.a. Bluts-Adoptiv- und Stiefverwandte in auf- und absteigender Linie sowie Geschwister des Angeeschuldigten.

Diese Einschränkung der Zeugnispflicht geht - was ohne weiteres ersichtlich ist - auf Kosten der Wahrheitsfindung. Durch die Polarität der prozessualen Wahrheitsfindung einerseits und des Gebotes auf Rücksichtnahme auf die Geheim- und Vertrauensatmosphäre andererseits wird somit in strafprozessualer Hinsicht ein Spannungsfeld geschaffen <sup>239</sup>.

Da gerade diese Verwandten und Familienangehörigen am ehesten imstande sind, mit wichtigen Informationen zur Persönlichkeitsabklärung beizutragen, sah das Jugendstrafverfahrensrecht vor der StPO-Revision von 1974 in Art. 41 Abs. 2 EGGStGB für diese Personen in bezug auf die Befragung der persönlichen Verhältnisse eine Zeugnispflicht vor <sup>240</sup>. Im bestehenden Jugendstrafverfahrensrecht wird dagegen auf die Durchführung von Zeugeneinvernahmen von Angehörigen weitgehend verzichtet, da formlose Einvernahmen dem Ziel des Verfahrens förderlicher sind <sup>241</sup>. Zeugeneinvernahmen werden nur in bestimmten, im Laufe dieses Abschnittes zu erörternden Umständen durchgeführt. Als Informationsbeschaffung dient neben dem Einholen von mündlichen und schriftlichen Berichten <sup>242</sup> die durch die Revision neugeschaffene protokollarische Befragung.

---

239 Vgl. etwa Lenckner Aussagepflicht S. 321

240 Jedoch stand den Angehörigen auch im Jugendstrafverfahren seit jeher ein Zeugnisverweigerungsrecht in bezug auf den strafrechtlichen Sachverhalt zu. Vgl. Pfenninger, Jugendstrafverfahren S. 25/26

241 Antrag RR, 692

242 Beim mündlichen Bericht handelt es sich um ein vom Jugendanwalt bzw. Sozialarbeiter mit Auskunftspersonen gehaltenes, nachträglich aufgezeichnetes Gespräch. Zum schriftlichen Bericht, sh. vorne S. 40

Aus den Gesetzesmaterialien geht nicht klar hervor, welche Rechtsnatur diese Befragungsart aufweist.

Im regierungsrätlichen Antrag wurden die zu befragenden Personen als "Auskunftspersonen" bezeichnet<sup>243</sup>. Die Expertenkommission vermied jedoch bewusst diese Bezeichnung, mit der Begründung, dass das Institut der Auskunftsperson, welches wohl in der Praxis eine Rolle spiele, jedoch in keiner StPO geregelt sei, verschiedene rechtliche Fragen aufwerfe. Sie überliess die Regelung dieses Beweismittels der vorgesehenen Gesamtrevision der StPO<sup>244</sup>.

Wie Lenherr in seiner 1970 erschienenen Dissertation darlegt, hat das Beweismittel der Auskunftsperson in einigen neueren Strafprozessordnungen bereits Eingang gefunden und ist in der Praxis allgemein anerkannt<sup>245</sup>. Im folgenden soll kurz auf das Institut der Auskunftsperson eingegangen werden, denn die protokollarische Befragung scheint im Endeffekt die Rechtsnatur dieses Beweismittels aufzuweisen.

Nach Lenherr sind "Auskunftspersonen diejenigen Personen, die vom Gericht und vom Angeschuldigten verschieden, Auskunft geben über Tatsachen, deren Kenntnis sie sich mittels eigener Wahrnehmung erworben haben, ohne dabei einer Aussagepflicht oder dem Wahrheitszwang zu unterliegen."<sup>246</sup> Demnach fallen auch die bei der Zeugeneinvernahme bestehenden indirekten Zwangsmittel in bezug auf die Aussage-<sup>247</sup> und Wahrheitspflicht weg<sup>248</sup>, so dass das Institut der Auskunftsperson als Beweismittel minderen Grades erscheint.

---

243 Antrag RR, 692

244 Prot. KK 196

245 Lenherr S. 23/24

246 Lenherr S. 22

247 § 134 StPO sieht gegenüber dem widerspenstigen Zeugen die Anordnung von Haft bzw. die Vorführung vor den Strafrichter, § 135 StPO die Uebernahme der von ihm verschuldeten Kosten sowie den Ersatz des von ihm verursachten Schadens vor.

248 Art. 307 StGB sieht eine Bestrafung bei vorsätzlich falschem Zeugnis vor.

Ausserdem kann hier das bei der Zeugeneinvernahme gem. § 14 StPO geltende Anwesenheitsrecht des Angeschuldigten umgangen werden. Diese Umstände gaben bei einigen Autoren im Hinblick auf das Erwachsenenstrafverfahren Anlass zu Kritik <sup>249</sup>, welche sich jedoch nicht in analoger Weise auf das Jugendstrafverfahren anwenden lässt und zwar aus folgenden Gründen:

Zum einen sprechen erzieherische Gründe gegen die Anwesenheit des Angeschuldigten bei Zeugeneinvernahmen zur Person, denn Auskünfte eines Zeugen über Erb- und Milieuverhältnisse des Jugendlichen können diesen verunsichern, abgesehen davon, dass er oft nicht in der Lage ist, die Schilderungen eines Zeugen zu berichtigen oder zu bestreiten. Ausserdem würde die Anwesenheit des Angeschuldigten beim Zeugen unter Umständen eine Befangenheit auslösen <sup>250</sup>, denn es fällt diesem erfahrungsgemäss leichter über den Tathergang zu berichten als persönlichkeitspezifische Aussagen zu machen.

Auch wenn man den Jugendlichen aus diesen Gründen von der Zeugeneinvernahme ausschliessen und an dessen Stelle den Verteidiger zulassen würde, so spricht ein anderer Grund gegen die Durchführung von Zeugeneinvernahmen im Jugendstrafverfahren: Eine formelle Zeugeneinvernahme mit Hinweis auf die Strafdrohung i.S. von Art. 307 StGB ist kaum dazu geeignet, zwischen den Angehörigen und dem Jugendanwalt eine Vertrauensatmosphäre aufkommen zu lassen. Ohne dieses gegenseitige Vertrauen wird der Jugendanwalt jedoch schwerlich Aufschluss über die Lebenssituation des Jugendlichen erlangen. Ferner kommt einer Aussage, die auf eine besondere Erziehungsbedürftigkeit hinweist und insofern für den Minderjährigen belastend wirken kann, nur die Bedeutung eines "Mosaiksteinchens" zu, während sich die Beweislage durch eine belastende Aussage in bezug auf den strafrechtlichen Sachverhalt zuungunsten des Angeschuldigten entscheidend ändern kann <sup>251</sup>.

---

249 Sh. Näheres bei Lenherr S. 119/20 und 145/46

250 Gl. M. Beglinger S. 100/01. A.A. Pfenninger, welcher im Ausschluss des Jugendlichen eine schwere Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte sieht. Hingegen spricht auch er sich gegen die Anwesenheit des Jugendlichen bei medizinischen und heilpädagogischen Sachverständigen-Einvernahmen aus. In: Zürcherisches Jugendstrafrecht S. 90/91

251 Vgl. Stieger-Gmür S. 177

Dennoch wird auch im Jugendstrafrecht nicht gänzlich auf die Durchführung von Zeugeneinvernahmen verzichtet. Der Tatsache, dass das Beweismittel der Auskunftsperson oder der protokollarischen Befragung weniger beweiskräftig ist als die Zeugeneinvernahme, ist der Gesetzgeber folgendermassen begegnet: Die durch informelle Befragung eingeholten Auskünfte können durch Zeugeneinvernahmen überprüft werden, wenn die Richtigkeit dieser Aussagen bestritten wird, sofern sie für den Entscheid über die Anordnung einer Massnahme von Bedeutung sein können (§ 377 StPO)<sup>252</sup>. Diese Gesetzesbestimmung ist m.E. ein sehr anschauliches Beispiel eines vernünftigen Kompromisses zwischen erzieherischen und rechtsstaatlichen Anforderungen<sup>253</sup>.

Auch wenn dies nicht ausdrücklich festgehalten ist, so besteht nach wie vor das in § 130 StPO verankerte Zeugnisverweigerungsrecht für Personen, die an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind sowie für Zeugen, die durch ihre Aussagen sich oder einen in § 129 StPO genannten Angehörigen der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen würden<sup>254</sup>. Es stellt sich die Frage, ob die Zeugnispflicht nicht mit Vorteil auf die Amts- und Berufspersonen auszudehnen wäre, weil gerade diese Personen dank ihrer Vertrauensstellung über wichtige Informationen bezüglich der persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen verfügen. Es fragt sich also, ob das Interesse an einer

---

252 Gem. § 377 Abs. 1 StPO können nicht nur die durch eine protokollarische Befragung eingeholten Auskünfte, sondern auch die mittels mündlicher und schriftlicher Berichte erlangten Aussagen durch Zeugeneinvernahmen verifiziert werden.

253 Diese Kompromisslösung wurde durch die Expertenkommission geschaffen. Der regierungsrätliche Antrag ging dagegen vom uneingeschränkten Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen aus (Antrag RR 692).

254 Der vor der StPO-Revision von 1974 geltende Art. 41 Abs. 2 EGG sah das Zeugnisverweigerungsrecht für die erwähnte Personengruppe i.S. einer abschliessenden Aufzählung deshalb vor, um gleichzeitig zum Ausdruck zu bringen, dass den Angehörigen kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Da diese Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechtes durch die Revision weitgehend aufgehoben wurde, bestand kein Anlass, das im ordentlichen Verfahren in § 130 StPO normierte Zeugnisverweigerungsrecht für die Amts- und Berufspersonen sowie die anderen erwähnten Zeugen im Jugendstrafverfahren zusätzlich zu verankern, zumal die ordentlichen Bestimmungen in diesem Sonderstrafverfahren subsidiär angewendet werden können, sofern sie nicht einer jugendstrafrechtlichen Sonderbestimmung widersprechen. Sh. dazu vorne S. 46

lückenlosen Persönlichkeitserforschung dasjenige an der Geheim- und Vertrauenssphäre überwiegt. Meines Erachtens ist dies zu verneinen, insofern als der Geheimnisschutz höher zu werten ist als das Informationsbedürfnis. Würde die Zeugnispflicht auch auf diese Personengruppe ausgedehnt, so würde dadurch das Eingehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen der Berufs- bzw. Amtsperson und dem Gesuchsteller erschwert werden. Dies ist aber unabdingbare Voraussetzung einer konstruktiven Beziehung zwischen den erwähnten Personen <sup>255</sup>.

### c) Verbot des Kontumazialverfahrens

Wenn infolge der Abwesenheit des straffälligen Minderjährigen die Persönlichkeitsabklärung weder im Untersuchungs- noch im Hauptverfahren vorgenommen werden kann, so ist keine Verurteilung im Sinne des materiellen Rechtes möglich, da die entscheidende Grundlage fehlt. Somit ist das Kontumazialverfahren im Jugendstrafverfahren abzulehnen <sup>256</sup>.

### C. Die rechtsstaatlichen Grundsätze

Im folgenden sollen die wichtigsten, im zürcherischen Jugendstrafverfahren geltenden rechtsstaatlichen Grundsätze dargestellt werden.

#### 1. Die Notwendigkeit einer genügenden Verteidigung

Durch die pädagogisch begründete Notwendigkeit, im Jugendstrafverfahren auf anerkannte Wahrheitsgarantien wie das Akteneinsichts- und Teilnahmerecht an Verhandlungen und das Prinzip der Öffentlichkeit verzichten zu müssen und angesichts der Bedeutung, welche jede Strafuntersuchung für den Minderjährigen und dessen Zukunft besitzt, drängt sich als rechtsstaatliches Korrelat eine ausreichende Verteidigung auf <sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> A.M. Pfenninger, welcher bereit wäre, die Zeugnispflicht auch auf diese Personen auszudehnen, mit der Begründung, dass die Persönlichkeitsabklärung insofern im Interesse des Minderjährigen geschehe, als damit nach der erfolgreichsten Behandlung geforscht werde. In: Das Jugendstrafverfahren S. 25/26

## 2. Schutz der persönlichen Freiheit des Minderjährigen

Jedes Strafverfahren bringt zwangsläufig einen Eingriff in die persönliche Freiheit des straffälligen Minderjährigen mit sich. Während das Bundesgericht in älteren Entscheiden darunter lediglich das Recht verstand, die Herrschaft über den eigenen Körper nach freiem Willen ausüben zu können, schützt die neuere bundesgerichtliche Praxis den Bürger auch in der ihm eigenen Fähigkeit, eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln. In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht zudem angedeutet, dass auch die Intim- und Geheimsphäre auf Verfassungsebene unter den Schutz der persönlichen Freiheit fallen könnte. Es hatte bisher jedoch keine Gelegenheit, konkret dazu Stellung nehmen zu können <sup>258</sup>.

Ein Eingriff in dieses vom ungeschriebenen Verfassungsrecht garantierten Individualrecht ist jedoch nur dann zulässig, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht. Er darf zudem nicht so weit gehen, dass er das Recht völlig unterdrückt oder seines Gehaltes als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleert <sup>259</sup>.

## 3. Möglichkeit des Ergreifens von Rechtsmitteln

Um ihre Rechte wahren zu können, müssen die Verfahrensbeteiligten auch im Jugendstrafverfahren gegen alle während des Verfahrens getroffenen Verfügungen, Beschlüsse und Urteile Rechtsmittel einlegen können <sup>260</sup>.

Im Kanton Zürich finden die Rechtsmittel des ordentlichen Verfahrens auch im Jugendstrafverfahren Anwendung. Zum Ergreifen von Rechtsmitteln sind

---

256 Vgl. Beglinger S. 81, ferner Pfenninger, a.a.O. S. 25

257 Sh. Näheres dazu hinten S. 169

258 Sh. Näheres dazu, insbesondere die zit. BGE-Entscheide, hinten S. 134

259 Sh. Näheres hinten S. 134 ff.

260 R 23: "Der Weiterzug des Urteils an eine obere kantonale Instanz sowie der Beschwerdeweg gegen alle im Laufe des Strafverfahrens und des Vollzugs getroffenen Verfügungen und Beschlüsse stehen den Betroffenen offen."

gem. § 373 StPO folgende Personen legitimiert: der urteilsfähige Jugendliche, der Verteidiger, der Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt, die Jugendstaatsanwaltschaft, der Geschädigte sowie die übrigen Beteiligten nach Massgabe von § 395 StPO <sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Näheres zu den Rechtsmitteln, sh. bei Beglinger S. 132 ff.

## 2. Teil: RECHTSPROBLEME IM STADIUM DER BEGUTACHTUNG

---

Die im Stadium der Begutachtung auftretenden Rechtsprobleme sind vorwiegend beweisrechtlicher Natur. Sie werden an gegebener Stelle näher erörtert. Sodann fällt unter diesen Problemkreis die Geheimhaltungspflicht des Experten.

### § 3 Der Beizug eines Sachverständigen im Jugendstrafverfahren

#### I. Grundsätzliche Bemerkungen zur verfahrensrechtlichen Stellung des Sachverständigen

Wie aus früheren Darlegungen hervorgeht <sup>1</sup>, ist der psychiatrische Sachverständige im Jugendstrafverfahren dem Jugendanwalt oder Gericht dadurch behilflich, dass er mittels seiner Sachkunde aus feststehenden, d.h. vom Auftraggeber mitgeteilten Tatsachen und auf Grund eigener Untersuchungen Schlussfolgerungen zieht. Der Experte ermöglicht der auftraggebenden Behörde auf diese Weise die richtige Auswertung und Beurteilung der rechtserheblichen Tatsachen, in concreto der persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen oder in selteneren Fällen der Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen.

Es fragt sich, welche rechtliche Stellung der Sachverständige im Verfahren einnimmt.

Darüber bestehen in Deutschland erhebliche Kontroversen. Die einen Autoren bezeichnen den Sachverständigen als Beweismittel, während andere der Ansicht sind, es handle sich bei ihm um einen Gehilfen des Richters. Wiederum andere betrachten den Experten sowohl als Beweismittel wie auch als Richtergehilfen.

---

1 Sh. vorne S. 44

Nach herrschender Auffassung ist der Sachverständige als Beweismittel zu qualifizieren. Es gelten dabei diesselben Gründe, wie sie bei der Charakterisierung des Gutachtens als Beweismittel angeführt worden sind, weshalb auf die früheren Darlegungen und Literaturangaben verwiesen werden kann <sup>2</sup>. Die früher geltende Ansicht, wonach der Sachverständige lediglich als richterlicher Gehilfe eingestuft, ihm dagegen die Beweismittelqualität abgesprochen wurde, scheint heute überwunden zu sein <sup>3</sup>. Wenn in der neueren Literatur vom Sachverständigen als richterlichem Gehilfen oder Helfer des Richters <sup>4</sup> die Rede ist, dann nur im Zusammenhang mit der Feststellung, dass er auch Beweismittel ist <sup>5</sup>.

Die Bezeichnung "Gehilfe des Richters" gab jedoch verschiedentlich Anlass zu Kritik. Insbesondere Peters wies daraufhin, dass es unrichtig und gefährlich sei, den Sachverständigen im Gegensatz zum Zeugen allein als Gehilfen des Richters einzustufen, da der Experte auf diese Weise aus dem Kreis der Beweismittel herausgehoben und zum Prozesssubjekt gemacht und gleichzeitig in die Reihe der Strafverfolgungsorgane gerückt werde. Der Richter laufe Gefahr, die Verantwortung auf den Sachverständigen abzuwälzen und das Gutachten nicht mehr kritisch zu würdigen. Zudem erhalte der Sachverständige ein Uebergewicht und neige unter Umständen dazu, einen einseitigen Justizstandpunkt einzunehmen. "Mit alledem verschiebt man aber die Sachverständigentätigkeit, wenn man unter Gehilfen mehr verstehen will als jemand, der zu der Wahrheitsfindung beiträgt. Das tut aber auch der Zeuge." <sup>6</sup>

---

2 Sh. vorne S. 44/45

3 Sh. bei Helfenstein S. 7 und dort zit. Autoren

4 Um die Sachverständigentätigkeit aufzuwerten, schlägt Jessnitzer die neuzeitlicher anmutende Bezeichnung "Helfer des Richters" vor (S. 76).

5 Vgl. u.a. Jessnitzer S. 21 und 76/77, K. Müller S. 33 und 273, Kern-Roxin S. 108 und 133, Henkel S. 217, Lürken S. 1161

6 Peters, Strafprozessrecht S. 286, in diesem Sinne auch Bremer S. 21, Panhuysen S. 28, Maisch S. 189 ff.; sh. ferner die kritischen Darlegungen von Arbab-Zadeh S. 1217

Im folgenden soll kurz auf die von Peters angedeuteten Gefahren eingegangen werden, weil sie auf eine grundlegende Problematik in der erwachsenen- und z.T. auch jugendstrafrechtlichen Begutachtung hinweisen.

Im Erwachsenenstrafrecht trägt der Experte - wie schon mehrfach erwähnt wurde - zur Klärung der Frage bei, ob die Voraussetzungen zur Verhängung einer Strafe gegeben sind, indem er sich zur Zurechnungsfähigkeit des Ange-schuldigten äussert. Für den Psychiater ergeben sich bei dieser Aufgabe in der Regel insofern Probleme, als die psychiatrische Tätigkeit therapeutisch ausgerichtet ist, während das Strafrecht stark vom Vergeltungsdenken ge-prägt und deshalb repressiv ist. Nach Ansicht von Maisch führen diese un-terschiedlichen Zielsetzungen vom Sachverständigen zwangsläufig zu einem Konflikt zwischen zwei "Rollen-Identitäten", nämlich der zwischen der kli-nischen Therapeuten-Rolle des Helfenden, Verstehenden und der vom Gesetz zugeschriebenen 'Gehilfen-Rolle' <sup>7</sup>. Wie der Autor ausführt, knüpfen sich aus der Justizperspektive bestimmte Erwartungshaltungen an die Rolle des Sachverständigen insofern an, als der Experte mit dem Richter auf dem Bo-den der vom Gesetzgeber dem Strafrecht zugrundegelegten Verbrechenslehre stehen und 'Begriffe wie Schuld, Schuldfähigkeit, Vorwerfbarkeit, persön-liche Verantwortlichkeit' <sup>8</sup> anerkennen muss. Die dem Sachverständigen zu-diktierte Rollenausrichtung auf den Richter und die darin implizit enthal-tene Erwartungshaltung berge die Gefahr einer folgenreichen Identifika-tion oder Ueberidentifikation mit dem Richter in sich. Dadurch werde die Beziehung des Experten zum Angeklagten determiniert, der methodische Gang der Untersuchung entscheidend und einseitig beeinflusst und damit werde zu einer Vorfixierung des Gutachtensresultates wesentlich mit beigetragen <sup>9</sup>.

Zur anderen von Peters angedeuteten Gefahr der Entscheidungsdelegation ist folgendes zu bemerken: Nach vorherrschender Auffassung der Autoren <sup>10</sup> sowie

---

<sup>7</sup> Maisch S. 191

<sup>8</sup> Schmidt zit. bei Maisch S. 190/91

<sup>9</sup> Maisch S. 190/91

<sup>10</sup> Vgl. u.a. Schmidt, Lehrkommentar II, Nachträge I Erl. 3 zu § 78 dStPO, Meyer in Löwe-Rosenberg Anm. 10 vor § 72 dStPO, Sarstedt S. 181, Kraft S. 68/69

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>11</sup> hat der Richter allein über Rechtsfragen zu entscheiden, d.h. er hat den vom Sachverständigen festgestellten oder beurteilten Sachverhalt selber unter die entsprechende Gesetzesnorm zu subsumieren. Da es sich beim Begriff der Zurechnungsfähigkeit eindeutig um einen Rechtsbegriff handelt, ist dem Sachverständigen nach Meinung der erwähnten Autoren sowie des Bundesgerichtes eine Stellungnahme i.S. einer juristischen Wertung untersagt. Die Aufgabe des Sachverständigen bestehe lediglich darin, den biologisch-psychologischen Sachverhalt zu erläutern, d.h. den Geisteszustand des Angeschuldigten zur Zeit der Tat festzustellen und dessen Auswirkungen im einzelnen zu schildern.

Einige Autoren<sup>12</sup> sprechen sich jedoch zu Recht gegen die strenge Abgrenzung der tatsächlichen, d.h. der medizinisch-psychiatrischen von den rechtlichen Fragen aus. Wohl anerkennen sie grundsätzlich, dass die Rechtsanwendung in die ausschliessliche Zuständigkeit des Richters fällt. Doch halten sie Äusserungen zu Rechtsbegriffen i.S. von Vorschlägen und Stellungnahmen für die richterliche Entscheidung für mit der Sachverständigenaufgabe vereinbar. Insbesondere K. Müller<sup>13</sup> weist darauf hin, dass die im Rahmen von § 51 dStPO<sup>14</sup> erfolgenden Feststellungen des Experten und die sich daraus ergebenden juristischen Wertungen so eng miteinander verknüpft sein können, dass der Richter auch noch beim Subsumtionsvorgang auf das Spezialwissen des Sachverständigen angewiesen sei.

Mit der erwähnten Feststellung wird eine vieldiskutierte Problematik der Begutachtung angedeutet. Diese besteht darin, dass der Richter angesichts der Spezialisierung der Wissenschaften in der Regel nicht ohne Mithilfe des Experten über Rechtsfragen entscheiden kann, weil ihm die dazu notwendige Sachkunde fehlt. Äussert sich der Sachverständige zu Rechtsfragen,

---

11 BGE 75 IV 148, 84 IV 137, indirekt auch 81 IV 7/8

12 Vgl. Jessnitzer S. 74/75, K. Müller S. 258/59, Schultz, Einführung II S. 180, Schwander S. 105. Mayer fordert vom Sachverständigen geradezu, das Werturteil des Richters vorzubereiten (S. 476), ebenso Rom S. 141 f. und 153 f., was m.E. zu weit geht.

13 K. Müller a.a.O.

14 § 51 dStPO regelt die Frage der Zurechnungsfähigkeit

so kommt es oft vor, dass der Richter diese Stellungnahme und überhaupt die Gutachtensschlussfolgerungen unbesehen übernimmt und somit der Pflicht, das Gutachten kritisch zu würdigen, nicht nachkommt. Auf diese Weise erscheint der Sachverständige als die eigentlich entscheidende Person, und er bestimmt somit faktisch den Ausgang des Verfahrens<sup>15</sup>. Die Tatsache, dass vom Richter wohl gefordert wird, die Entscheidung über Rechtsfragen allein vorzunehmen, er jedoch wegen mangelnder Sachkunde dazu nicht in der Lage ist, bildet eine krasse Diskrepanz zwischen Sein und Sollen.

Nach Betrachtung der erwachsenenstrafrechtlichen Situation fragt es sich, ob die darüber angestellten Ueberlegungen in analoger Weise auf das Jugendstrafrecht Anwendung finden. Wir haben von der mehrfach erwähnten Tatsache auszugehen, dass in diesem Sonderstrafrecht die Frage nach dem Schuldbeweis zugunsten der Frage nach einer persönlichkeitspezifischen Behandlung praktisch gegenstandslos wird. Ebenfalls ist festzuhalten, dass Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie und Jugendstrafrecht von einer ähnlichen Zielsetzung ausgehen<sup>16</sup> und sich somit der in der erwachsenenstrafrechtlichen Begutachtung bestehende Rollenkonflikt des Sachverständigen nicht stellt. Dementsprechend kann der im Jugendstrafverfahren als Sachverständiger beigezogene Psychiater seine ärztliche Funktion weitgehend erfüllen, indem er den Richter unter dem prognostischen Aspekt des Einzelfalles berät<sup>17</sup>.

In der Praxis verhält es sich so, dass der Experte nach Beendigung der Begutachtung eine sog. Schlussbesprechung veranstaltet. An dieser Besprechung nehmen oft auch Jugendanwälte teil. Die verschiedenen am Begutachtungsvorgang beteiligten Personen (Psychiater, Psychologen, Pädagogen, Berufsberater, Werkmeister etc.) tragen hier ihre Eindrücke über den Minderjährigen vor, und der Psychiater als Leiter des Teams unterbreitet dem Jugendanwalt die Massnahmenvorschläge, die sich im Laufe der Untersuchungs- und Beobachtungsphase herauskristallisiert haben. Hernach erarbeiten alle

---

<sup>15</sup> Vgl. u.a. Arbab-Zadeh S. 1214 ff., Mayer S. 467, Maisch S. 194, Kraft S. 1, Peters, Fehlerquellen II, S. 128, Krauss S. 320 ff., insbes. 334 ff., Stieger-Gmür S. 139

<sup>16</sup> Sh. vorne S. 21 ff. (23)

<sup>17</sup> Kaiser, Jugendrecht S. 196, in diesem Sinne auch Potrykus S. 546/47

Beteiligten zusammen mit dem Jugendanwalt diejenige Sanktion, die nicht nur optimal den Bedürfnissen des Minderjährigen, sondern auch der Realität entspricht<sup>18</sup>.

Dieses Vorgehen wurde schon verschiedentlich kritisiert. Einige Jugendanwälte weigern sich, an einer solchen Schlussbesprechung teilzunehmen, da sie auf diese Weise nicht mehr in der Lage seien, das Gutachten kritisch zu würdigen und zweifeln an der Rechtmässigkeit dieses Vorgehens<sup>19</sup>. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Im Gegensatz zum Bezirksanwalt, dem Untersuchungsorgan des Erwachsenenstrafverfahrens, ist der Jugendanwalt nicht nur mit der Strafuntersuchung betraut, sondern ihm obliegt ausserdem die Leitung des Vollzuges. Diese sehr vielfältige und schwierige Aufgabe erfordert vom Jugendanwalt eine umfassende Kenntnis über die Problematik des konkreten Falles, die er sich nur durch einen direkten Kontakt mit dem Sachverständigen schon während der Begutachtungsphase und durch die Möglichkeit einer gemeinsamen Besprechung mit dem Psychiater aneignen kann. Zum anderen ist oft nur er dank seiner Erfahrung mit den verschiedenen Heimtypen in der Lage, die Realisierbarkeit eines Heimeinweisungsvorschlages des Sachverständigen abzuschätzen. Auf diese Weise können unbrauchbare Vorschläge eliminiert werden, bevor sie Eingang ins Gutachten gefunden haben. Damit wird die Einholung eines weiteren Gutachtens vermieden, was aus pädagogischen Gründen wünschenswert ist. Schliesslich ist noch die Tatsache zu erwähnen, dass es in der Mehrzahl der Fälle, in denen eine Begutachtung vorgenommen wird, zu einer Gerichtsverhandlung kommt. Somit besteht immerhin die Möglichkeit der Ueberprüfung der Gutachtensschlussfolgerungen durch eine unabhängige Instanz<sup>20</sup>.

---

18 Zur Schlussbesprechung, sh. auch hinten S. 141/42

19 Dies ging aus Gesprächen mit verschiedenen Jugendanwälten des Kantons Zürich hervor. Ähnliches teilt Stieger-Gmür ihrerseits aus Gesprächen mit Jugendanwälten mit (S. 197).

20 Allerdings ist einzuräumen, dass sich das Gericht in Ermangelung genügender Sachkompetenz oft nicht als unabhängig erweist, da es vielfach die Anträge des Jugendanwaltes unesehen übernimmt. Sh. vorne S. 50/51

Aus den obgenannten Gründen und aus der Tatsache, dass Jugendanwalt und Psychiater diesselben Anliegen vertreten, entspricht es dem Geiste des Jugendstrafrechtes, wenn sich beide in gemeinsamer Zusammenarbeit um die dem Minderjährigen entsprechenden Sanktion bemühen. Diese beratende Funktion verleiht dem Sachverständigen im Jugendstrafverfahren eine gegenüber anderen Beweismitteln erhöhte Position. In diesem Sinne ist es gerechtfertigt, ihn nicht nur als Beweismittel, sondern auch als Gehilfen oder besser als Berater des Richters zu bezeichnen <sup>21</sup>. Trotzdem besteht auch im Jugendstrafverfahren der Grundsatz, dass der Richter allein für die Entscheidung von Rechtsfragen zuständig ist und die die Rechtsanwendung betreffenden Wertungen des Experten für den Richter niemals verbindlich sein dürfen.

## II. Die Bestellung des Sachverständigen

### A. Zuständige Behörde

Bekanntlich ist der Jugendanwalt im Rahmen der Persönlichkeitsabklärung befugt, Sachverständige beizuziehen <sup>22</sup>.

Kommt es zu einer Ueberweisung an das Gericht, so ist auch dieses zur Einholung von Gutachten ermächtigt. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Beweise nach dem Unmittelbarkeitsprinzip in der Hauptverhandlung erhoben werden müssen <sup>23</sup>, sondern jederzeit, sofern dies für die Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich ist. Die Berechtigung zum Beizug von Sachverständigen ergibt sich einerseits aus § 278 und 285 StPO, wonach das Gericht

---

21 Vgl. Stieger-Gmür, welche den Sachverständigen in formeller Hinsicht als Beweismittel, seiner Funktion nach jedoch als Gehilfen des Richters bezeichnet (S. 198).

22 Sh. vorne S. 24

23 Lediglich im Verfahren vor Geschworenengericht ist die Unmittelbarkeit der Beweisnahme zwingend vorgeschrieben (§ 233, 240 und 241 StPO). Da seit der Revision des GVG von 1976 in geschworenengerichtlichen Angelegenheiten des Jugendstrafrechtes das Bezirksgericht anstelle des Geschworenengerichtes zuständig ist, "sofern die Straftat nicht zusammen mit Angehörigen anderer Altersstufen verübt wurde und eine Abtrennung unzweckmässig wäre" (§ 33 GVG), spielt das Unmittelbarkeitsprinzip im Jugendstrafverfahren eine untergeordnete Rolle.

weitere Beweise erheben kann, wenn die von der Untersuchungsbehörde eingeholten Beweise einer Ergänzung bedürfen, und andererseits aus dem Ermittlungsgrundsatz<sup>24 25</sup>.

Da die Jugendstaatsanwaltschaft im Jugendstrafverfahren die der Staatsanwaltschaft entsprechenden Befugnisse ausübt (§ 93 Abs. 1 GVG), die Staatsanwaltschaft ihrerseits neben dem Bezirksanwalt als Untersuchungsbehörde fungiert (§ 73 Ziff. 2 GVG), steht auch der Jugendstaatsanwaltschaft als untersuchender Behörde das Recht zu, Gutachten einzuholen, was in der Praxis allerdings von geringer praktischer Relevanz ist.

#### B. Auswahl des Sachverständigen

Die Auswahl des Experten wird durch dessen Bestellung vorgenommen. Beim Bestellungsakt handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid der zuständigen Behörde, welcher somit durch Verfügung oder Beschluss ergeht<sup>26 27</sup>. In diesem Entscheid soll einerseits das Beweisthema des Gutachtens festgelegt<sup>28</sup> und andererseits der Sachverständige namentlich bezeichnet werden. Nur nach der förmlichen Bestellung gilt die fachliche Äusserung einer Person als Sachverständigen-Aussage<sup>29</sup>.

So wie die Verfügung des Jugendanwaltes betr. Anordnung oder Ablehnung einer Expertise mittels Rekurses angefochten werden kann (§ 402 Ziff. 1 a StPO)<sup>30</sup>, so dürfte dieser Rechtsbehelf den berechtigten Personen auch bei der Auswahl des Sachverständigen offenstehen<sup>31</sup>. Dazu legitimiert sind der Jugendliche, der Verteidiger und der gesetzliche Vertreter (§ 373 StPO).

---

24 Vgl. Helfenstein S. 21

25 Nach dem Ermittlungsgrundsatz ist die Justizbehörde im Strafverfahren verpflichtet, den strafbaren Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln.

26 Vgl. Helfenstein S. 61

27 Verfügungen und Beschlüsse unterscheiden sich allein durch deren Urheber. Während Verfügungen von einer Einzelperson ausgehen, werden Beschlüsse von einer Kollegialbehörde erlassen.

28 Sh. dazu hinten S. 90/91

29 Vgl. Helfenstein a.a.O.

Abgesehen von den gesetzlich statuierten Ausnahmen, liegt die Wahl des Sachverständigen grundsätzlich im freien Ermessen der auftraggebenden Behörde<sup>32</sup>. Um das Verfahren nicht zu verzögern, sollte der Richter jedoch nur solche Sachverständige beiziehen, welche die für die Erstellung des Gutachtens notwendige Sachkunde und persönliche Eignung mit sich bringen.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der freien Auswahl besteht einmal darin, dass gem. § 111 StPO niemand als Sachverständiger beigezogen werden darf, der als Richter abgelehnt werden könnte. Die für den Richter geltenden Ausstandsbestimmungen sind in § 95 und 96 GVG statuiert. Während § 95 GVG sog. Unfähigkeitsgründe vorsieht, d.h. Ausstandsgründe, welche von Amtes wegen zu beachten sind (z.B. Beteiligung des Richters im Prozess in eigener Sache, in Angelegenheiten der Ehefrau, Verlobten, von Blutsverwandten oder Schwägerschaften), handelt es sich bei den in § 96 GVG aufgezählten Gründen um die sog. Ablehnungsgründe, d.h. Gründe, bei denen der Richter erst auf eigenen Antrag oder auf Antrag einer Partei seine Tätigkeit nicht ausüben kann (z.B. bei Befangenheit)<sup>33</sup>.

Aus der in § 111 StPO enthaltenen Bestimmung, wonach niemand als Sachverständiger gewählt werden darf, der als Richter abgelehnt werden kann, folgt, dass sowohl die richterlichen Ablehnungs- wie auch Unfähigkeitsgründe bei der Auswahl des Experten von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Demnach sind sämtliche beim Sachverständigen vorliegenden Ausstandsgründe als Unfähigkeitsgründe zu qualifizieren<sup>34</sup>.

---

30 Sh. Näheres bei Helfenstein S. 44 ff.

31 Vgl. Meili S. 87. In: Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht. Diss. Zürich 1968

32 Vgl. K. Müller S. 97, Jessnitzer S. 115

33 Darstellung der in § 95 und 96 GVG statuierten Ausstandsgründe, sh. bei Helfenstein S. 115 ff.

34 Vgl. Helfenstein S. 115

Auf Grund von § 110 Abs. 3 StPO in Verb. mit Abs. 2 der erwähnten Bestimmung hat sich der Auftraggeber bei der Auswahl des Sachverständigen zunächst an die "bleibend bestellten gerichtsärztlichen Sachverständigen" zu halten. Dabei handelt es sich um die sog. Amtsärzte, d.h. Aerzte, welche sich in einer amtlichen Stellung befinden. Unter diese Kategorie fallen u.a. die "Direktoren und Sekundärärzte der Kantonalen Irrenanstalten" (§ 110 Abs. 2 StPO), also die Chef- und Oberärzte der Kantonalen Psychiatrischen Kliniken<sup>35</sup> und analog dazu der Kantonalen Polikliniken und Beobachtungsstationen.

Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, dass die erwähnten Personen eine besondere Gewähr für fachliche Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit bieten. Die Bestellung solcher Amtsärzte als Sachverständige ist jedoch nicht zwingend, indem unter bestimmten, an anderer Stelle zu erörternden Voraussetzungen andere Personen als Experten beigezogen werden können<sup>36</sup>.

### III. Leitung des Sachverständigen durch die auftraggebende Behörde

#### A. Festlegung der Anknüpfungstatsachen

##### 1. Grundsätzliche Festlegung der Anknüpfungstatsachen durch die auftraggebende Behörde

###### a) Allgemeines

Bekanntlich wird der psychiatrische Experte im Jugendstrafverfahren beauftragt, mit Hilfe seiner besonderen Sachkunde Tatsachen festzustellen und hernach aus dem selber gewonnenen sowie aus dem feststehenden, d.h. vom Auftraggeber unterbreiteten Tatsachenmaterial Schlussfolgerungen zu ziehen. Demnach wird zwischen zwei Tatsachenkategorien unterschieden: den vom Auftraggeber unterbreiteten und den vom Sachverständigen selber zu ermittelnden Tatsachen.

---

<sup>35</sup> ZR 1954 Nr. 91; a.M. Rom, welcher die kantonalen Anstaltsdirektoren und deren Oberärzte nicht als Amtsärzte zu bezeichnen scheint (S. 270).

<sup>36</sup> Sh. hinten S. 91/92

Grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber, dem Sachverständigen auf geeignete Weise die tatsächlichen Grundlagen bekanntzugeben, von welchen dieser für die Begutachtung auszugehen hat<sup>37</sup>. Die zürcherische StPO umschreibt dies damit, dass die auftraggebende Behörde die Punkte bezeichnet, auf welche der Experte seine Aufmerksamkeit zu richten hat, und dass sie ihm die erforderlichen Aufschlüsse aus den Akten erteilt oder diese übergibt (§ 115 Abs. 1 StPO).

Bei den Tatsachen, auf welchen der Sachverständige die Expertise aufzubauen hat, handelt es sich um die sog. Anknüpfungstatsachen<sup>38</sup>. Deren Umschreibung wird zweckmässigerweise mit der Festlegung des Beweisthemas, d.h. der Fragestellung<sup>39</sup> an den Experten verbunden und bildet zusammen mit ihr die sog. Instruktion des Sachverständigen<sup>40</sup>.

#### b) Das Problem der uneingeschränkten Akteneinsicht durch den Experten

Es steht im freien Ermessen der auftraggebenden Behörde, ob sie dem Sachverständigen lediglich Aufschlüsse aus den Akten erteilen oder ob sie ihm die Akten zur Einsichtnahme aushändigen will. Das im letztgenannten Fall resultierende uneingeschränkte Akteneinsichtsrecht des Experten ist jedoch umstritten. Diejenigen Autoren, die sich grundsätzlich für das Ueberlassen der Akten aussprechen, berufen sich im wesentlichen darauf, dass dem Experten ein möglichst umfassendes Informationsmaterial zur Verfügung stehen sollte, damit dieser in der Lage sei, ein vollständiges Gutachten zu erstatten<sup>41</sup>. Zudem könne vielfach nur der Sachverständige beurteilen, welche Tatsachen für die Begutachtung relevant seien<sup>42</sup>.

---

37 Vgl. u.a. Jessnitzer S. 173, Meyer in Löwe-Rosenberg Rdn. 9 zu § 78 dStPO, Krauss S. 322

38 Vgl. dazu etwa Schmidt, Lehrkommentar II, Vorbem. 9 vor § 72 dStPO, Göppinger S. 1550, Kraft S. 4

39 Sh. dazu hinten S. 90/91

40 Vgl. Helfenstein S. 174

41 Eingehend dazu Rauch S. 1175, sh. ferner Göppinger S. 1487, Karpinski S. 1173

42 Vgl. Meyer a.a.O. Pfanne S. 1439/40. In: NJW 1974 S. 1439 f.; in diesem Sinne auch K. Müller S. 269, Karpinski a.a.O., Rauch a.a.O.

Gegen die vollständige Ueberlassung der Akten wird die Gefahr der Voreingenommenheit des Experten hervorgehoben <sup>43</sup>. Ausserdem wird vorgebracht, dass es für den Sachverständigen häufig sehr schwierig sei zu erkennen, inwieweit er den aus den Akten entnommenen Tatsachenstoff dem Gutachten zugrundelegen dürfe, da er nicht sicher wissen könne, welche Tatsachen erwiesen seien <sup>44</sup>.

Wenn die im Erwachsenenstrafverfahren geäusserten Bedenken wegen der Gefahr einer ungünstigen Beeinflussung allenfalls zutreffen mögen, so sind sie m.E. im Jugendstrafprozess nicht angebracht.

In der jugendstrafrechtlichen Begutachtung hat der Experte bekanntlich nicht zur Frage Stellung zu nehmen, ob die Voraussetzungen zur Anordnung einer Sanktion überhaupt vorliegen. Vielmehr hat er sich über die bestmögliche Sanktion für den Minderjährigen auszusprechen, eine Stellungnahme, die ins therapeutisch ausgerichtete Konzept der Psychiatrie passt <sup>45</sup>. Da die Suche nach der geeigneten Sanktion sowohl im Interesse des Minderjährigen als auch im Interesse des Staates liegt, kann kaum von einer durch das Aktenstudium begründeten Voreingenommenheit des Sachverständigen die Rede sein.

Um eine umfassende Persönlichkeitsdiagnose und -prognose stellen zu können, benötigt der Gutachter möglichst viele Anknüpfungstatsachen. Sehr aufschlussreich kann für ihn dabei das Tatgeschehen sein, da dieses in vielen Fällen Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Minderjährigen vermittelt. Einblick in die Tat erhält er durch das Studium der polizeilichen und untersuchungsrichterlichen Einvernahme. Noch wichtiger wird für den Sachverständigen die Kenntnis sein, wie sich der Angeschuldigte und auch die Eltern nach der Tat verhalten haben. Diese Verhaltensweisen werden in Form von Akten-

---

<sup>43</sup> Vgl. Krauss S. 332, Peters, Strafprozess S. 311 und 340, Kern-Roxin S. 136

<sup>44</sup> Vgl. Sarstedt S. 180. Dies bringen auch Göppinger a.a.O. und Meyer a.a.O. vor, obwohl sie die Akteneinsicht grundsätzlich eher befürworten.

<sup>45</sup> Sh. dazu vorne S. 21/22 und 73 ff.

notizen aufgezeichnet, wobei der Jugendanwalt und der Sozialarbeiter jede wichtige Begebenheit im Zusammenhang mit dem betreffenden Minderjährigen festhalten <sup>46</sup>. Ferner vermitteln ihm die vielfach den Akten beigelegten Berichte von Jugendsekretariaten, Lehrern, Arbeitgebern etc. Einblick in die Problematik des Falles. Allerdings ist einzuräumen, dass durch die Kenntnis der Aktennotizen oder Berichte die Gefahr einer Vorfixierung der Gutachtensergebnisse eintreten kann, wenn die Aufzeichnungen nicht deskriptive, sondern vorwiegend interpretierende und klassifizierende Angaben über den Täter und dessen Milieu enthalten.

Das zweite, gegen ein umfassendes Akteneinsichtsrecht vorgebrachte Argument (Unsicherheit des Experten betr. Erwiesenheit der in den Akten enthaltenen Tatsachen) trifft jedoch auch für das Jugendstrafverfahren zu.

Tatsachen, welche in Akten enthalten sind, dürfen nicht überbewertet werden und bei Widersprüchen darf ihnen nicht prinzipiell ein höherer Rang gegenüber mündlich mitgeteilten Tatsachen eingeräumt werden. Selbst die in einem Gerichtsurteil enthaltenen Angaben stimmen nicht immer mit der Wirklichkeit überein. Um den Inhalt einer Akte richtig erfassen zu können, bedarf es einer genauen Kenntnis darüber, unter welchen Gesichtspunkten diese angelegt worden ist <sup>47</sup>.

Vielfach geht aber aus den Akten nicht hervor, ob es sich um erwiesene Tatsachen oder lediglich um beiläufig darin aufgenommene Angaben handelt, ausser wenn ein Protokoll über eine Zeugeneinvernahme vorhanden ist. So läge an und für sich der Schluss nahe, sämtliche Tatsachen, die für die Begutachtung relevant sein könnten, vorgängig durch Zeugeneinvernahmen erhärten zu lassen, damit der Sachverständige weiss, wovon er auszugehen hat und der Richter einer späteren Bestreitung von Tatsachen durch den Jugendlichen bzw. Verteidiger zuvorkommen und dadurch die Anordnung einer neuen Begutachtung vermeiden kann.

---

46 So z.B. Gespräche mit den Eltern, Lehrern, Lehrmeistern, Sozialarbeitern der freiwilligen und öffentlichen Fürsorge, Psychiatern, Psychologen etc.

47 Vgl. Göppinger S. 1488

Wie aus früheren Darlegungen hervorgeht<sup>48</sup>, sprechen jedoch gewichtige Gründe gegen die Durchführung der formellen Zeugeneinvernahme. Neben erzieherischen Gründen wurde die ungünstige Beeinflussung der Vertrauensatmosphäre infolge des Hinweises auf Art. 307 StGB angeführt. Schliesslich wurde als weiteres die Tatsache erwähnt, dass eine Bestreitung von Tatsachen, die durch eine protokollarische Befragung, einen mündlichen oder schriftlichen Bericht eingeholt worden sind, umso eher in Kauf genommen werden kann, als einer Aussage, die auf eine Massnahmebedürftigkeit hinweist und insofern für den Minderjährigen belastend wirken kann, nur die Bedeutung eines Mosaikstückes zukommt. Immerhin sollten m.E. die wichtigsten Anknüpfungstatsachen in Form der protokollarischen Befragung und nicht lediglich in Form von Aktennotizen festgehalten werden. Werden Tatsachen, die für den Entscheid über die Anordnung einer Massnahme von Bedeutung sein können, mit der grössten Wahrscheinlichkeit vom Jugendlichen bzw. Verteidiger bestritten, so sollte der Jugendanwalt vor der Beauftragung des Sachverständigen auf die in § 377 StPO vorgesehene Möglichkeit der Zeugeneinvernahme zurückgreifen.

## 2. Vorgehen des Sachverständigen beim Einholen weiterer Anknüpfungstatsachen

Nach dem Studium der vom Auftraggeber mitgeteilten Anknüpfungstatsachen wird der psychiatrische Experte regelmässig zum Schluss kommen, dass er weitere Anknüpfungstatsachen benötigt, um ein vollständiges Gutachten abliefern zu können. Denn der massgebliche, vom Sachverständigen zu beurteilende Sachverhalt ist bei der psychiatrischen Begutachtung im Zeitpunkt der Auftragserteilung nie vollständig abgeklärt. Zum einen resultiert dies daraus, dass bestimmte Tatsachen nur mit Hilfe der besonderen Sachkunde des Sachverständigen abgeklärt werden können. Zum anderen hat die auftraggebende Behörde bestimmte Tatsachen oft nicht abgeklärt, weil ihr dies im gegebenen Zeitpunkt noch nicht notwendig erschien.

Es fragt sich, wie der Sachverständige bei der Beschaffung der weiteren Anknüpfungstatsachen vorzugehen hat.

---

<sup>48</sup> St. vorne S. 64

Nach herrschender Auffassung wird bei diesen Tatsachen zwischen Befund- und Zusatz Tatsachen unterschieden <sup>49</sup>. Befund Tatsachen sind Tatsachen, die nur der Sachverständige auf Grund seiner speziellen Sachkunde eruieren kann. Bei den Zusatz Tatsachen handelt es sich dagegen um Tatsachen, die auch die auftraggebende Behörde mit den ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln feststellen kann sowie um Tatsachen, die ausserhalb des Gutachtensauftrages liegen.

Unter die Kategorie der Befund Tatsachen fallen u.a. naturwissenschaftliche Wahrnehmungen am Körper oder am Verhalten einer Person, der rein fachliche Inhalt von Krankengeschichten und ärztlichen Gutachten sowie die Exploration des Angeschuldigten. Der Tatsachengruppe der Zusatz Tatsachen sind einmal Befragungen durch den Experten zur strafbaren Handlung zuzurechnen, sei es des Angeschuldigten oder von Drittpersonen. Sodann gehören hiezu die in Form von Berichten eingeholten Informationen von Jugendsekretariaten, Heimen, Lehrern, Arbeitgebern etc., der nicht spezifisch psychiatrische Teil von psychiatrischen Gutachten, Auskünfte aus Akten irgendwelcher Art <sup>50</sup> sowie die Befragung von Drittpersonen <sup>51</sup> zur Persönlichkeit des Minderjährigen.

---

49 Diese Unterscheidung wurde erstmals vom deutschen Bundesgerichtshof in BGHSt 13, 1 in NJW 59 S. 828 vorgenommen und ist seitdem Bestandteil konstanter Rechtsprechung. Die Unterscheidung der Anknüpfungstatsachen in Befund- und Zusatz Tatsachen wird auch in der Lehre überwiegend anerkannt. Vgl. u.a. Jessnitzer S. 210, Heinitz S. 704 f., Göppinger S. 1550, R. Hauser S. 31/32

50 Sh. dazu vorne S. 40

51 Darunter fallen v.a. Eltern, Sozialarbeiter und Lehrer. Etwas weiter geht Göppinger, welcher die durch Befragung von Drittpersonen erlangten Tatsachen grundsätzlich in den Bereich der Befund Tatsachen verweist. Da es sich dabei nicht um die einfache Feststellung irgendwelcher Fakten handle, sondern um das Erschliessen bestimmter psychischer Äusserungsformen, könne die Befragung von Drittpersonen i.S. der Exploration in der Regel nur vom Psychiater kunstgerecht durchgeführt werden (S. 1550). Dieser Ansicht ist in bezug auf die jugendstrafrechtliche Begutachtung insofern nicht beizupflichten, als auch der Jugendanwalt und der Sozialarbeiter von ihrer Ausbildung her imstande sind, gewisse persönlichkeitspezifische Tatsachen kunstgerecht zu eruieren. Doch ist einzuräumen, dass die Unterscheidung in Befund- und Zusatz Tatsachen im Einzelfall vielfach Schwierigkeiten bereiten kann.

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass der Sachverständige zur selbständigen Ermittlung von Befundtatsachen befugt ist, da es dabei gerade auf seine besondere Sachkunde ankommt. Demgemäss darf er selbständig Krankengeschichten und rein ärztliche Gutachten einholen sowie den Exploranden zu den persönlichen Verhältnissen befragen, soweit dazu seine besondere Sachkunde notwendig ist. Hingegen ist umstritten, ob der Experte zur selbständigen Feststellung von Zusatztatsachen ermächtigt ist.

Nach herrschender Lehre<sup>52</sup> und Rechtsprechung<sup>53</sup> darf der Sachverständige keine Zusatztatsachen selbständig eruieren, d.h. keine eigene Ermittlungstätigkeit entfalten. Dieses Ermittlungsverbot lässt sich einerseits aus § 115 Abs. 2 StPO herleiten, welcher vorsieht, dass der Experte dem Untersuchungsbeamten Antrag zu stellen hat, wenn er eine Ergänzung der Untersuchung als notwendig erachtet. Andererseits geht aus § 114 StPO hervor, dass der Sachverständige u.a. zu den Verhören und Zeugeneinvernahmen zugezogen werden kann, wenn dies der Zweck der Untersuchung erfordert. Diese beiden Gesetzesbestimmungen bringen den allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck, dass die Feststellung von Anknüpfungstatsachen in erster Linie der gerichtlichen Behörde obliegt und die Leitung des Verfahrens somit in den Händen des Untersuchungsbeamten liegen muss und nicht an den Sachverständigen übergehen darf<sup>54 55</sup>.

Gegen die eigene Ermittlungstätigkeit des Experten in Form der Befragung von Drittpersonen und der Beschaffung von Berichten, Gutachten und Akten sprechen im Erwachsenenstrafverfahren etwa folgende Gründe:

---

52 Vgl. u.a. Jessnitzer S. 181, Bremer S. 152, Meyer in Löwe-Rosenberg Rdn. 8 zu § 80 dStPO

53 Zur deutschen Rechtsprechung, sh. etwa BGH JR 1962 S. 111; zur zürcherischen Rechtsprechung, sh. Beschluss des Kassationsgerichtes Zürich in Sachen S. gegen Staatsanwaltschaft Zürich v. 23. Mai 1966 (zit. aus der Kartothek zur StPO des Kantons Zürich unter § 14 und 115 StPO), sh. ferner Urteil des Oberger. (I. Str. K.) v. 7.7.1951. In: SJZ 48 (1952) S. 93

54 Vgl. Helfenstein S. 180/81

55 In Deutschland lässt sich das Ermittlungsverbot aus § 80 dStPO herleiten.

Bei einem solchen Vorgehen besteht nicht nur die Gefahr, dass zeugnisverweigerungsberechtigte Personen ohne Belehrung<sup>56</sup> darüber zu Aussagen veranlasst werden, die sie bei entsprechender Belehrung nicht abgegeben hätten. Es fehlen auch sonst die verfahrensrechtlichen Garantien für die Wahrheitsfindung, die eine richterliche Vernehmung bietet<sup>57</sup>, denn dem Sachverständigen ist das komplizierte System der Beweisverbote in der Regel unbekannt<sup>58</sup>. Ferner kommt das Ergebnis der Ermittlungen im Gutachten nicht vollständig zum Ausdruck, sondern nur in dem Masse, als der Sachverständige sie für sachdienlich erachtet. Auf diese Weise wird die freie richterliche Beweiswürdigung zu einem gewissen Grad durch die Beweiswürdigung des Gutachters ersetzt, womit den Strafverfolgungsorganen nicht nur ein Teil der Kontrolle entgleitet, sondern es werden damit auch die Parteirechte der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt<sup>59</sup>. Als weiteren neuralgischen Punkt der eigenen Ermittlungen des ärztlichen Sachverständigen sieht Heinitz das gelegentlich kritiklose Vertrauen, das der Angeschuldigte dem Experten als Arzt entgegenbringt. So teile jener dem Sachverständigen im irrtümlichen Vertrauen auf die ärztliche Schweigepflicht Tatsachen mit, die er dem Richter verschwiegen hätte<sup>60</sup>. Schliesslich dürfen nicht alle vom Sachverständigen vorgenommenen Tatsachenfeststellungen ohne zusätzliche Beweisaufnahme dem Urteil zugrundegelegt werden. Während Befundtatsachen ohne weiteres verwertbar sind, darf die gerichtliche Behörde Zusatztatsachen nur dann für die Urteilsfindung heranziehen, wenn die Richtigkeit dieser Tatsachen mit den vom Richter zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln festgestellt worden ist<sup>61</sup>. Wäre der Gutachter zur Fest-

---

56 Diese Belehrung hat durch den richterlichen Auftraggeber zu erfolgen. Da bei dieser Belehrungspflicht in juristischer Hinsicht Schwierigkeiten und Zweifelsfälle auftreten können, empfiehlt es sich nicht, diese Pflicht auf den Sachverständigen zu übertragen. Sh. Näheres dazu bei Kraft S. 41

57 BGH JR 1962 S. 111

58 Vgl. Heinitz S. 700

59 Da die zürcherische Strafprozessordnung den Parteien kein Teilnahme-recht an den Untersuchungshandlungen des Sachverständigen einräumt, können jene nicht zu den Zwischenschlüssen und Anschauungen des Experten, die zu den Schlussfolgerungen geführt haben, Stellung nehmen.

60 Heinitz S. 701

61 Sh. dazu hinten S. 145

stellung von Zusatztatsachen legitimiert, so bestünde die Gefahr, dass der Richter diese wie die Befundtatsachen ohne weitere Beweiserhebungen dem Urteil zugrundelegen würde. Dies ist v.a. dann der Fall, wenn der Sachverständige in seinem Gutachten nicht ausdrücklich angibt, woher er die Berichte und Auskünfte bezogen hat.

Abgesehen davon, dass die Gefahr der Befragung von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen durch den Sachverständigen im Jugendstrafverfahren praktisch nicht existent ist <sup>62</sup>, treffen die anderen verfahrensrechtlichen Bedenken auch auf das Jugendstrafverfahrensrecht zu. Doch birgt auf der anderen Seite die strikte Einhaltung des Verbotes eigener Ermittlungstätigkeit des Experten verschiedene Probleme in sich.

Um überhaupt sachdienliche Anträge auf Vernehmung i.S. von § 115 Abs. 2 StPO stellen zu können, muss dem Sachverständigen das Recht zugestanden werden, Personen, von denen er relevante Auskünfte erhalten kann, informatorisch zu befragen. Die Möglichkeit dieser sog. vorbereitenden Befragung wird dem Sachverständigen denn auch von der herrschenden Lehre <sup>63</sup> zugestanden. Es wird allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass die Grenzziehung zwischen einer rein informatorischen Befragung und einer eigentlichen Vernehmung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann <sup>64</sup>.

Anscheinend geht Peters <sup>65</sup> über eine vorbereitende Befragung hinaus, wenn er fordert, dass der Experte in "angemessenem, nicht allzu weitem Umfang" Grundlagen für seine Begutachtung selber verschaffen könne.

Noch etwas weiter als Peters und die herrschende Meinung geht Heinitz <sup>66</sup>. Wie er in seinem interessanten Festschrift-Beitrag für K. Engisch ausführt, sind die auf dem Wege richterlicher Vernehmung zugeführten Tatsachen kaum

---

62 Sh. dazu vorne S. 62 ff.

63 Vgl. u.a. Jessnitzer S. 181/82, kritisch dazu Meyer in Löwe-Rosenberg Anm. 5 zu § 80 dStPO, sh. ferner bei Heinitz S. 702; a.A. Kraft S. 48 ff. (52)

64 Panhuysen S. 70

65 Peters, Strafprozess S. 311

66 Heinitz S. 697 ff.

dazu geeignet, den Sachverständigen zuverlässig darüber zu unterrichten, was er zur Vorbereitung des Gutachtens benötigt. Abgesehen von einer Mehrbelastung der Gerichte, die bei strenger Auslegung von § 80 dStPO<sup>67</sup> eintreten müsste, wäre es seiner Ansicht nach bei einer amtlichen Vernehmung nicht möglich, eine Vertrauensatmosphäre zu schaffen, in welcher der Sachverständige hinreichend Auskünfte erhalten würde. Zudem wäre der allein auf den Weg von § 80 dStPO angewiesene Experte nicht in der Lage festzustellen, welche Anknüpfungstatsachen für ihn von Bedeutung seien.

Die von der herrschenden Meinung zugelassene informatorische Befragung im strengen Sinne erachtet er als zu unpraktisch und unergiebig. Er schlägt insofern ein elastischeres Vorgehen vor, als er es in das pflichtgemäße Ermessen des Sachverständigen stellen möchte, inwieweit dieser die Vorermittlungen durchzuführen habe. Nach Ansicht des Autors kann der Experte ohne Verletzung des Gesetzes diejenigen Zusatzstatsachen, die er im Zuge seiner Ermittlungen erfahren hat, auf andere Weise in den Prozess einführen, z.B. indem die ermittelten Tatsachen durch Befragung des Angeschuldigten oder durch Zeugeneinvernahmen überprüft werden<sup>68 69</sup>. Bei denjenigen Tatsachen, die der Sachverständige im Gutachten verwerten wolle, habe er jedoch stets die nähere oder fernere Beziehung zu den Befundstatsachen zu berücksichtigen. Bei mehr peripheren Zusatzstatsachen, die das Bild nur abrundeten (wie z.B. Familiengeschichte, Entwicklung des Kindes in den ersten Lebensjahren, Verhalten in der Schule) und die den Befundstatsachen sehr ähnlich seien, könne der Experte darauf verzichten, eine richterliche Vernehmung der Auskunftspersonen zu beantragen. Dringe der Sachverständige jedoch zum Kernbereich der Zusatzstatsachen vor, z.B. zu den Tatsachen, die

---

67 § 80 Abs. 2 dStPO sieht in Analogie zu § 115 Abs. 2 StPO einen Antrag des Sachverständigen auf Vernehmung derjenigen Personen als Zeugen vor, die sachdienliche Auskünfte geben können.

68 Heinitz S. 702

69 Kann der Zeuge nicht mehr ermittelt werden, so besteht die Möglichkeit, den Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen einzuvernehmen. Sh. dazu hinten S. 145

Aufschluss über die strafbare Handlung ergäben, so erscheine der Weg über § 80 dStPO unvermeidlich. Der Experte müsse sich also stets des Unterschiedes zwischen "psychologischen Erhebungen" und "eigentlichen Ermittlungen" bewusst sein <sup>70</sup>.

Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, lässt Heinitz die Ermittlung von Zusatztatsachen nicht schrankenlos zu, sondern gestattet dem Sachverständigen lediglich Erhebungen vorzunehmen, welche sich auf die Persönlichkeit des erwachsenen Täters beziehen. Befragungen zur Tat scheint auch er dem Sachverständigen nicht zuzubilligen. Im weiteren kommt es Heinitz weniger darauf an, ob das Gutachten Zusatztatsachen enthält als vielmehr darauf, dass die ausserhalb der Befundtatsachen ermittelten Anknüpfungstatsachen vom Richter mittels anderer Erkenntnis- und Beweismittel überprüft werden.

Diese von Heinitz vorgeschlagene, in Grenzen gehaltene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen ist meines Erachtens für das Jugendstrafrecht trotz der vorne erwähnten verfahrensrechtlichen Bedenken zu befürworten. Zwar trifft das Argument des Autors, die gerichtliche Atmosphäre sei der Auskunft nicht eben förderlich, für dieses Sonderstrafverfahren nicht unbedingt zu, da zwischen dem Minderjährigen bzw. den Eltern und dem Jugendanwalt oder Sozialarbeiter in der Regel ein Vertrauensverhältnis besteht. Doch werden die erwähnten Personen erfahrungsgemäss eher bereit sein, dem Sachverständigen als Arzt Informationen zu liefern als dem Jugendanwalt.

Hingegen findet das andere Argument vollauf Berechtigung, wonach durch den jeweils i.S. von § 115 Abs. 2 StPO erforderlichen Antrag des Sachverständigen auf Vernehmung der Auskunftsperson eine Verzögerung der Begutachtung und somit des Verfahrens eintreten würde, was dem pädagogisch begründeten Grundsatz der Beschleunigung zuwiderlaufen würde. Zwar werden im Jugendstrafverfahren selten Vernehmungen i.S. von Zeugeneinvernahmen durchgeführt, sondern der Jugendanwalt erlangt die persönlichkeitspezifischen Informationen bekanntlich durch informelle Befragung, was jedoch im Endeffekt nichts ändert, da solche Befragungen sich in gleicher Weise auf das Ver-

---

70 Heinitz S. 703

fahren verzögernd auswirken können. Gerade in diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass wenn dem Jugendanwalt die Möglichkeit einer informellen Informationsbeschaffung aus pädagogischen Gründen und zugunsten einer lückenlosen Persönlichkeitsabklärung zugestanden wird, diese Möglichkeit auch dem Sachverständigen eingeräumt werden sollte.

Eigene Ermittlungen des Sachverständigen sind ferner deshalb zu verantworten, weil die im Erwachsenenstrafverfahren zu Recht vorgebrachten Bedenken in bezug auf die Missachtung des Zeugnisverweigerungsrechtes von dazu berechtigten Personen im Jugendstrafverfahren bekanntlich eine geringe Rolle spielen. Als weiteres ist die Tatsache anzuführen, dass in der jugendstrafrechtlichen Begutachtung im allgemeinen keine Gefahr einer Ueberführung des Täters durch den Gutachter besteht, weil sich dieser, wie schon wiederholt erwähnt wurde, vorwiegend zur Persönlichkeit des Minderjährigen und nur in selteneren Fällen zur Frage äussern muss, ob die Voraussetzungen zur Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Sanktion vorliegen (Frage der Zurechnungsfähigkeit). In diesem Zusammenhang muss ausdrücklich festgehalten werden, dass auch der kinder- bzw. jugendpsychiatrische Experte keine Ermittlungen über den Tathergang vornehmen und insbesondere den Minderjährigen nicht zu einem Geständnis zwingen darf. Hat er sich jedoch zur Frage nach der Indikation von Massnahmen auszusprechen, so sollte es ihm im Rahmen der Persönlichkeitsabklärung nicht verwehrt sein, sich mit dem Exploranden über die gegenüber dem Jugendanwalt eingestandene Tat zu unterhalten, denn die Art der Verarbeitung der strafbaren Handlung von Seiten des Minderjährigen lässt im allgemeinen wichtige Rückschlüsse auf dessen Persönlichkeit zu.

Die in Grenzen gehaltene eigene Ermittlungstätigkeit erstreckt sich jedoch nicht lediglich auf die Befragung von Drittpersonen, sondern der Sachverständige muss konsequenterweise auch befugt sein, Berichte, Gutachten und Akten mit persönlichkeitsspezifischem Inhalt einzuholen. Doch da sich der gerichtliche Auftraggeber solche Schriftstücke leichter beschaffen kann als der Sachverständige, wird sich der Experte mit Vorteil an jenen halten

---

71 Zur Herausgabe von Akten an Amtsstellen und Dritte, sh. hinten S. 160 ff.

Damit sich die Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen in Grenzen hält, sollte der Auftraggeber bestrebt sein, diesem möglichst viele Anknüpfungsfakten zu liefern, was in der Praxis im allgemeinen auch der Fall ist. Ferner müssen die vom Gutachter selbständig ermittelten Zusatzfakten auch im Jugendstrafverfahren von der gerichtlichen Behörde auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden <sup>72</sup>.

## B. Präzise Fragestellung

Es obliegt der auftraggebenden Behörde, dem Sachverständigen mitzuteilen, welche Aufgaben er im Rahmen des Beweisverfahrens zu erfüllen hat. Dabei ist sie verpflichtet, präzise Fragen zu stellen <sup>73</sup>. Es geht nicht an, dem Sachverständigen lediglich die Akten zuzusenden, mit dem Hinweis, den Angeklagten zu begutachten <sup>74</sup>.

Je nach Auftraggeber und Problematik des Falles wird die Fragestellung unterschiedlich ausfallen. In der Praxis steht die Frage im Vordergrund, ob nach Würdigung der gesamten Persönlichkeit anhand der lebensgeschichtlichen Entwicklung des Exploranden eine jugendstrafrechtliche Massnahme indiziert sei und allenfalls welche. Seltener wird der Experte ersucht, zur Frage der Zurechnungsfähigkeit Stellung zu nehmen, etwa dann, wenn eine länger dauernde Einschliessungsstrafe oder Arbeitsleistung oder eine grössere Geldbusse zur Diskussion steht. Im Zusammenhang damit wird er hie und da befragt, welche Strafe in pädagogischer Hinsicht angemessen sei.

Dass die erwähnten Fragen in rechtlicher Hinsicht zulässig sind, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt <sup>75</sup>. Hingegen ist es der gerichtlichen Behörde untersagt, Fragen zu stellen, welche die Abklärung des strafrechtli-

---

72 Sh. hinten S. 145

73 Vgl. u.a. Schmidt, Lehrkommentar II, Erl. 5 zu § 78 dStPO, Sarstedt in Löwe-Rosenberg Rdn. 4 zu § 78 dStPO, Panhuysen S. 28

74 Vgl. Göppinger S. 1545, Panhuysen a.a.O., Sarstedt S. 181, Rom S. 141

75 Sh. vorne S. 70 ff. (73 ff.)

chen Sachverhaltes beinhalten, da der Sachverständige nicht in die Rolle des Kriminalisten gedrängt werden darf. So ist namentlich die Frage unzulässig, ob der Minderjährige die ihm angelastete Tat begangen habe. Die Beauftragung des Sachverständigen setzt demnach eine vorgängige Ermittlung des strafrechtlichen Sachverhaltes durch den Jugendanwalt voraus <sup>76</sup>.

#### IV. Pflichten des Sachverständigen

An dieser Stelle sollen nur diejenigen Pflichten dargestellt werden, welche für diese Arbeit von Interesse sind, nämlich die Begutachtungspflicht, die Wahrheitspflicht und die Pflicht zur Objektivität und Unparteilichkeit <sup>77</sup>. Angesichts der komplexen Natur der Geheimhaltungspflicht soll diese an separater Stelle abgehandelt werden <sup>78</sup>.

##### A. Begutachtungspflicht

Gem. § 112 StPO ist grundsätzlich niemand verpflichtet, einen Gutachtensauftrag anzunehmen <sup>79</sup>. Die erwähnte Bestimmung statuiert jedoch eine Ausnahme für diejenigen Sachverständigen, die sich in einer besonderen amtlichen Stellung befinden, die sog. Amtsärzte <sup>80</sup>. Demnach sind diese bleibend

---

<sup>76</sup> In diesem Sinne wohl auch Vossen, Möglichkeiten und Grenzen S. 15/16, wenn er schreibt: "Fragwürdig wird auch die Annahme eines Gutachtensauftrages dann, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat abstreitet, der Untersuchungsrichter aber gleichwohl wissen will, wie es um die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten steht, unter der Annahme, dass dieser die Tat begangen hat." Im Ergebnis gleich Dallinger/Lackner N 5 zu § 73 JGG. A.A. Jessnitzer S. 145 und in Anlehnung daran Helfenstein S. 96

<sup>77</sup> Zu den übrigen Pflichten wie Aneignung der erforderlichen Sachkunde, Sorgfaltspflicht, Pflicht zur gehörigen Erfüllung des Gutachtensauftrages, persönliche Begutachtungspflicht, sh. bei Helfenstein S. 153 ff.

<sup>78</sup> Sh. hinten S. 95 ff.

<sup>79</sup> Wer jedoch einen solchen Auftrag übernommen hat, ist verpflichtet, diesen bei Vermeidung von Ordnungsbusse und Kostenaufgabe zu erfüllen (§ 112 StPO). Diese Verpflichtung ist von der Begutachtungspflicht streng zu unterscheiden (Vgl. K. Müller S. 153).

<sup>80</sup> Sh. dazu vorne S. 78

bestellten gerichtlichen Experten zur Uebernahme eines Gutachtensauftrages verpflichtet, allerdings unter dem in § 110 Abs. 3 StPO genannten Vorbehalt, dass sie nicht verhindert oder befangen sind oder sonstige besondere Gründe gegen die Ausführung des Auftrages sprechen. In diesen Fällen kann der Sachverständige vom Gutachtensauftrag entbunden werden.

Verhinderung dürfte etwa im Falle von Arbeitsüberlastung, Ferien oder Militärdienst vorliegen. Befangenheit kann z.B. dann angenommen werden, wenn der Sachverständige eine ihm nahestehende Person<sup>81</sup> oder einen Exploranden zu begutachten hat, den er früher behandelt hat<sup>82</sup>. Unter die Generalklausel der besonderen Umstände kann etwa eine Kollision mit gleichrangigen Verpflichtungen, ungenügende Sachkunde oder das Vorliegen von Umständen subsumiert werden, welche den Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigen<sup>83</sup>.

Während z.B. der Kanton St.Gallen eine Begutachtungspflicht für die Träger von Medizinalberufen vorsieht<sup>84</sup>, enthält das geltende Zürcher Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962<sup>85</sup> keine solche Grundlage<sup>86</sup>. Wenn Russek<sup>87</sup> und gestützt darauf Helfenstein<sup>88</sup> in § 7 des ehemaligen Zürcher Gesetzes betr. das Medizinalwesen vom 2. Oktober 1854<sup>89</sup> die Grundlage einer Begutachtungspflicht für sämtliche Aerzte erblicken, so ist dem

---

81 § 111 StPO in Verb. mit § 96 Ziff. 4 GVG

82 Sh. dazu hinten S. 120/21

83 Gerade weil der Kanton Zürich kein gesetzlich verankertes Gutachtensverweigerungsrecht kennt, das dem Zeugnisverweigerungsrecht analog ist, sollte beim Vorliegen der erwähnten Umstände eine Entbindung vom Gutachtensauftrag möglich sein. Gl. M. Helfenstein S. 91/92.

84 Art. 10 über die Aerzte, die Zahnärzte und die medizinischen Hilfsberufe vom 17. Dezember 1955 (Publ. in SGS 312.1)

85 OS 41, 291

86 Gl. M. Helfenstein S. 83

87 Russek S. 114

88 Helfenstein a.a.O.

89 ZG 4, 469

nicht beizupflichten<sup>90</sup>. Die erwähnte Bestimmung ging offensichtlich nur von einem Behandlungszwang der Aerzte gegenüber Privatpersonen aus. Eine Pflicht zur amtlichen Gutachtenserstattung hätte dagegen m.E. ausdrücklich statuiert werden müssen.

## B. Wahrheitspflicht

In § 113 StPO wird die Pflicht des Sachverständigen zur wahrheitsgemässen Begutachtung erwähnt, indem es heisst, er habe das Gutachten "nach bestem Wissen und Gewissen" anzufertigen. Da es Sinn und Zweck der Sachverständigenaussage ist, dem Richter bei der Wahrheitsfindung behilflich zu sein, ergibt sich die Wahrheitspflicht ohne weiteres aus dieser Zielsetzung. Der Sachverständige hat ein objektiv richtiges, d.h. ein der Wirklichkeit entsprechendes und nicht lediglich ein seines Wissens richtiges Gutachten zu erstellen<sup>91</sup>.

Gem. § 113 StPO hat der Auftraggeber den Experten auf die Wahrheitspflicht aufmerksam zu machen, unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen eines "wissentlich unrichtigen Gutachtens", d.h. einer Falschbegutachtung i.S. von Art. 307 StGB.

Es fragt sich, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn die auftraggebende Behörde diese Instruktion unterlässt.

Nach kantonalzürcherischer Rechtsprechung müssen Amtsärzte nicht bei jedem Gutachtensauftrag auf diese Pflicht ausdrücklich aufmerksam gemacht werden, da die betreffenden Aerzte als dauernd gerichtlich bestellte Sachverständige

---

90 Diese Bestimmung lautet folgendermassen: "...Sie (die Aerzte, V.W.) sind, solange sie nicht auf die Berufsbetreibung förmlich verzichtet haben, verpflichtet, soweit möglich, jedem, der ihrer Dienste bedarf und sie dafür anspricht, diesselben jederzeit zu leisten."

91 Vgl. Klopfer S. 77

eine grosse Anzahl von Gutachten erstatten und dabei in Ausübung einer Amtspflicht handeln<sup>92</sup>. Bei den übrigen Sachverständigen bedeutet die Unterlassung dieses Hinweises ein wesentlicher Verfahrensmangel, welcher mit einer Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO geltend gemacht werden kann<sup>93</sup>.

### C. Pflicht zu Objektivität und Unparteilichkeit

Der Sachverständige hat unvoreingenommen an die Untersuchung des Exploranden heranzugehen, d.h. er muss sich stets um eine objektive und unparteiliche Haltung bemühen. Diese selbstverständliche Pflicht zur Unvoreingenommenheit ergibt sich aus § 96 Ziff. 3 und 4 GVG, wonach die Befangenheit des Experten einen Ausstandsgrund darstellt.

Eine sozialpolitische Betrachtungsweise des Sachverständigen etwa in dem Sinne, dass er den Exploranden als Opfer der Gesellschaft sieht und ihn unter allen Umständen vor einer jugendstrafrechtlichen Massnahme bewahren möchte, ist fehl am Platz. Ebenso unberechtigt wäre andererseits das Bestreben des Sachverständigen, jeden sozial auffälligen Minderjährigen als "Heimkandidaten" einzustufen.

Die Pflicht zur Objektivität hat sich auch in Stil und Sprache auszudrücken. Der Experte sollte in seinen Formulierungen vorsichtig sein und moralisierende Bemerkungen vermeiden<sup>94</sup>. Bei der Abfassung des Gutachtens sollte er sich stets die Tatsache vergegenwärtigen, dass verschiedene Personen befugter- oder unbefugterweise Einblick ins Gutachten nehmen<sup>95</sup>.

---

92 ZR 1954 Nr. 91, SJZ 50 (1954) S. 311; in bezug auf die Bezirksärzte, sh. ZR 1941 Nr. 73; sh. jedoch die ältere Rechtsprechung in ZR 24 Nr. 61, welche den gegenteiligen Standpunkt vertritt. Ebenfalls a.A. Helfenstein S. 163

93 RO 1974, S. 311 Nr. 28, ZR 24 Nr. 61

94 Vgl. dazu Cabanis S. 32/33, Bremer S. 25/26

95 Sh. hinten S. 155 ff.

#### § 4 Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Schweigepflicht des psychiatrischen Sachverständigen

Im folgenden soll untersucht werden, ob der Psychiater als gerichtlich bestellter Sachverständiger einer Geheimhaltungspflicht untersteht und wenn ja, welcher. Da es sich beim psychiatrischen Experten um einen Arzt handelt, stellt sich die naheliegende Frage, ob auf ihn die Bestimmung über das ärztliche Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 321 StGB Anwendung findet.

##### I. Frage nach der Geheimhaltungspflicht in der Begutachtungssituation

Eine erfolgreiche Tätigkeit im Sinne einer genauen Diagnostik und wirksamen Therapie ist nur dann möglich, wenn der Patient bereit ist, sich dem Arzt zu offenbaren und diesem die persönlichsten und intimsten Dinge anzuvertrauen. Voraussetzung für diese Bereitschaft ist jedoch die Gewissheit des Patienten, dass der Arzt über die ihm bekanntgewordenen Tatsachen schweigt. Aus diesem Grunde ist er zu strengem Stillschweigen über all diejenigen Geheimnisse<sup>96</sup> verpflichtet, die ihm im Rahmen seiner Berufsausübung anvertraut worden sind oder die er dabei wahrgenommen hat. Die ärztliche Schweigepflicht ist also im wesentlichen eine Konsequenz des auf Vertrauen beruhenden Arzt-Patienten-Verhältnisses. Darüber hinaus liegt ihr ein überindividuelles staatliches Interesse an der Förderung des Gesundheitswesens zugrunde, was im Rahmen dieser Ausführungen jedoch nicht weiter von Interesse ist<sup>97</sup>.

Bei der ärztlichen Schweigepflicht handelt es sich um eine über Jahrtausende überlieferte Pflicht, welche ohne Uebertreibung als Kernstück ärztlicher Berufsethik bezeichnet werden darf. Erst in neuerer Zeit wurde sie darüber hinaus auch zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen<sup>98</sup>, indem die unbefugte Offenbarung ärztlicher Geheimnisse zivilrechtliche, strafrechtliche und auch disziplinarrechtliche Sanktionen nach sich ziehen kann<sup>99</sup>.

---

96 Zum Begriff des Geheimnisses, sh. hinten S. 100

97 Sh. dazu etwa Schmidt NJW 1962 S. 1747, Lenckner, Aertzliches Berufsgeheimnis S. 161, Hauser R. S. 205

98 Sh. dazu Lenckner, Aertzliches Berufsgeheimnis S. 159 ff.

99 Sh. dazu Näheres bei Blass S. 70 ff.

Die gesetzliche Regelung der Schweigepflicht erging nicht so sehr, um dieser Pflicht besonderen Nachdruck zu verleihen<sup>100</sup>, sondern vielmehr wegen des hinter dem individuellen Geheimnisschutzes stehenden staatlichen Interesses an einer wirksamen Gesundheitspolitik<sup>101</sup>.

Aus der Verpflichtung des Sachverständigen, den Gutachtensauftrag gehörig zu erfüllen, resultiert zwangsläufig nicht nur ein Mitteilungsrecht, sondern auch eine Mitteilungspflicht des Experten gegenüber dem Auftraggeber über die festgestellten Befunde und sonstigen relevanten Tatsachen<sup>102 103</sup>. Wie Frey<sup>104</sup> zu Recht bemerkt, ergibt sich diese Pflicht schon aus der prozessrechtlichen Wahrheitspflicht des Sachverständigen, denn das vorsätzliche Verschweigen von wesentlichen Tatsachen kann den Tatbestand eines falschen Gutachtens im Sinne von Art. 307 StGB erfüllen.

Da der Experte dem richterlichen Auftraggeber die zur Beurteilung des Falles notwendigen Angaben liefern muss, kann das Verhältnis zwischen dem Experten und dem Exploranden nicht dem üblichen Arzt-Patientenverhältnis entsprechen. Im Hinblick auf die Tatsache, dass der Sachverständige auf Grund eines staatlichen Hoheitsaktes tätig wird<sup>105</sup> und somit amtliche Funktionen ausübt und angesichts der grossen Spannweite des strafrechtlichen Beamtenbegriffes im Sinne von Art. 110 Ziff. 4 StGB, ist der Sachverständige nach Lehre<sup>106</sup> und Rechtsprechung<sup>107</sup> als Beamter zu betrachten, und

---

100 Es finden sich äusserst selten Gerichtsurteile, die sich mit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses befassen.

101 Vgl. Lenckner a.a.O. S. 161/62

102 In diesem Sinne etwa Frey, Zeugnisverweigerungsrecht S. 52, Jessnitzer S. 143, Göppinger S. 1569, Ulrich S. 87/88

103 Ueber den Umfang der Mitteilungspflicht, sh. hinten S. 103 ff.

104 Frey a.a.O.

105 Sh. dazu vorne S. 76

106 Vgl. u.a. Hafter BT II S. 130, Frey a.a.O., Klopfer S. 14, Russek S. 117, Ulrich S. 88; für das deutsche Recht Diwel, welcher in Anlehnung an Rechtsprechung und Schrifttum nicht nur die Beamten im staatsrechtlichen Sinne, sondern ausserdem all diejenigen Personen unter den Beamtenbegriff subsumiert, die "durch einen öffentlich-rechtlichen Akt allgemein zu Dienstvorrichtungen berufen worden sind, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen." (S. 44) A.A. Langmack S. 68, indirekt auch Wyrsch S. 332, indem er vom Berufsgeheim-

zwar gleichgültig, ob er als Privat- oder Amtsarzt zur Begutachtung herangezogen wird. Denn Satz 2 der erwähnten Bestimmung lautet folgendermassen:

"Als Beamte gelten auch Personen, die ... vorübergehend amtliche Funktionen ausüben."

In seiner Funktion als Beamter untersteht der Sachverständige - wie alle Beamten - einer Geheimhaltungspflicht, nämlich dem Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 StGB.

## II. Grundsätzliche Geltung des Amtsgeheimnisses in der Begutachtungssituation

Da das Amtsgeheimnis des Arztes gewisse Parallelen mit dem ärztlichen Berufsgeheimnis aufweist, lässt sich die ratio des Amtsgeheimnisses am besten in einer Gegenüberstellung dieser beiden Straftatbestände ansehen, bevor eine nähere Charakterisierung des Amtsgeheimnisses unternommen wird.

### A. Die ratio des Amtsgeheimnisses. Parallelen zum ärztlichen Berufsgeheimnis

Wie bereits festgehalten wurde <sup>108</sup>, bildet die Verschwiegenheit des behandelnden Arztes über die ihm während seiner Berufsausübung anvertrauten oder von ihm dabei wahrgenommenen Geheimnisse die Grundlage einer erfolgreichen Diagnostik und Therapie. Dies führte schliesslich zur Begründung des ärztlichen Berufsgeheimnisses. Die Einführung des Amtsgeheimnisses ist in folgen-

---

nis des Experten spricht.

107 Auch das Bundesgericht stellt beim strafrechtlichen Beamtenbegriff nicht auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses zum Staat ab, denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auch derjenige als Beamter zu qualifizieren, welcher für das öffentlich-rechtliche Gemeinwesen amtliche Funktionen - auch vorübergehend - auszuführen hat, ohne zu ihm in einem Dienstverhältnis zu stehen. (BGE 70 IV 219 Erw. II 1, 71 IV 144 Erw. 1, 76 IV 151 Erw. 1).

108 Sh. dazu vorne S. 95

der Hinsicht begründet: Im Zusammenhang mit verschiedenen staatlichen Tätigkeiten erhält der Beamte in Sachverhalte Einblick, welche der Geheimsphäre des Bürgers angehören. Eine solche Tätigkeit ist die psychiatrische Begutachtung. Der Minderjährige sowie seine Angehörigen haben ein begründetes Interesse an der Nichtverbreitung der auf Grund der Untersuchung gewonnenen Kenntnisse über die persönlichen Verhältnisse. In diesem Punkt decken sich ärztliche und amtsärztliche Schweigepflicht vollständig <sup>109</sup>.

Das Amtsgeheimnis bezieht sich jedoch nicht nur auf Tatsachen, welche der Geheimsphäre des Bürgers angehören, sondern der Staat bedarf zur Erfüllung seiner Aufgaben ebenfalls eines Geheimbereiches. Wiederum auf die Begutachtungssituation bezogen bedeutet dies unter anderem folgendes: Um den Gutachtensauftrag näher zu umschreiben, übergibt die auftraggebende Behörde dem Experten bekanntlich die Akten oder einen Teil derselben zur Einsichtnahme <sup>110</sup>. Diese Akten enthalten Ausführungen über die Tätigkeit von Polizei- und Gerichtsorganen, verschiedene Einvernahmeprotokolle, Verfügungen, Hausdurchsuchungsbefehle etc. In der Regel werden die Akten dem Experten vor Abschluss der Untersuchung zugestellt. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass der Staat ein grosses Interesse an einer ungestörten Durchführung der strafrechtlichen Untersuchung hat, so dass sich die Geheimhaltungspflicht des Experten auch auf diesen Bereich zu erstrecken hat <sup>111</sup>. Somit umschliesst das Amtsgeheimnis das ärztliche Berufsgeheimnis materiell <sup>112</sup>, reicht jedoch bedeutend weiter als letzteres.

---

109 In diesem Sinne auch Schultz, Amtsärztliches Berufsgeheimnis S. 19

110 Sh. vorne S. 80/81

111 Dies wird ausdrücklich in § 34 StPO festgehalten, wonach den Beamten und Angestellten grundsätzlich untersagt ist, aus den Akten einer schwebenden Untersuchung Mitteilungen an Dritte zu machen.

112 Vgl. Esslinger S. 119

## B. Begriff des Amtsgeheimnisses

### 1. Vorbemerkung

Die verschiedenen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Vorschriften über das Dienstverhältnis des Beamten enthalten in der Regel eine Bestimmung, wonach diese Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet werden. Um diese Geheimhaltungspflichten zu sichern, hat der Bundesgesetzgeber in Art. 320 StGB eine Strafbestimmung mit dem Marginalie "Verletzung des Amtsgeheimnisses" aufgestellt. Zur Bestimmung des Amtsgeheimnisses sind sowohl die einschlägigen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Sonderbestimmungen als auch Art. 320 StGB selber heranzuziehen <sup>113</sup>. Die für den Kanton Zürich massgebliche Bestimmung ist in § 12 Abs. 1 der Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der Verwaltung und der Rechtspflege (Beamtenverordnung) vom 16. November 1970 <sup>114</sup> enthalten und lautet folgendermassen:

"Die Beamten sind zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet."

Diese Regelung, welche sich auf dienstliche Angelegenheiten allgemein bezieht, ohne einen Vorbehalt zu machen, geht in ihrem Wortlaut zu weit, denn sie scheint selbst Tatsachen miteinzubeziehen, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen <sup>115</sup>. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die zürcherische Regelung ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass sich die Verschwiegenheitspflicht des Beamten nur auf dienstliche Angelegenheiten bezieht, welche ihrer Natur nach oder gemäss besonderer Vorschrift geheimzuhalten sind <sup>116</sup>, wie dies z.B. Art. 27 des BG über das Dienstverhältnis des Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 <sup>117</sup> vorsieht. Aus dieser Umschreibung geht hervor, dass sie sich auf den allge-

---

113 Vgl. Stratenwerth II, S. 651

114 OS 43, 684

115 Vgl. Reichlin S. 11, sh. ferner R. Hauser S. 91, Waiblinger in ZBJV 90 (1954) S. 487 sowie Perrin S. 85 in bezug auf den ähnlich lautenden Art. 28 des BG über das Dienstverhältnis des Bundesbeamten vom 30. Juni 1927. Zu weitgehend BGE 77 IV 50/51 Erw. 3

116 Vgl. Reichlin S. 12 ff.

117 BS 1, 496. Die erwähnte Bestimmung lautet folgendermassen: "Der Beamte ist zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet, die nach ihrer Natur oder gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind."

meinen Rechtsbegriff des Geheimnisses stützt <sup>118</sup>. Denn beim Geheimnis handelt es sich um die nur einem beschränkten Personenkreis zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der Inhaber des Geheimnisses (sog. Geheimnisherr) ein berechtigtes Interesse hat und die er tatsächlich geheimhalten will <sup>119</sup>.

Im folgenden sollen die für das Amtsgeheimnis charakteristischen Elemente kurz aufgezeigt werden.

## 2. Dienstliche bzw. amtliche Angelegenheit <sup>120</sup>

Die durch das Amtsgeheimnis geschützte Kenntnis muss sich auf Tatsachen beziehen, die mit der amtlichen Tätigkeit, der Begutachtung des Sachverständigen, im Zusammenhang stehen. Dabei handelt es sich sowohl um Tatsachen, die sich auf die staatliche Geheimsphäre beziehen (sog. Staatsgeheimnisse) als auch um Angelegenheiten des Exploranden bzw. der Angehörigen (sog. Privatgeheimnisse) <sup>121</sup>. Das Amtsgeheimnis dient somit dem Schutze von öffentlichen wie auch von privaten Interessen an Geheimhaltung.

Was den Umfang der Geheimhaltung betrifft, so wurde bereits angedeutet, dass lediglich diejenigen Tatsachen darunterfallen, die gemäss besonderer Vorschrift oder ihrer Natur nach geheimzuhalten sind. Eine sehr wichtige, vom Experten zu beachtende Vorschrift ist z.B. in § 34 StPO enthalten, wonach es dem Beamten grundsätzlich untersagt ist, Mitteilungen aus den Akten

---

118 Vgl. Schultz a.a.O. S. 20. Ebenfalls von einem allgemeinen Geheimnisbegriff gehen aus: Düwel S. 31, Stratenwerth I S. 133, Hafer BT II S. 847, Esslinger S. 9 ff. A.M. Noll, Berufsgeheimnis S. 3

119 In diesem Sinne Stratenwerth a.a.O. Ueber den Geheimnisbegriff bestehen in der Literatur unterschiedliche Auffassungen, auf die hier nicht eingetreten werden kann. Sh. etwa Düwel S. 30/31, Noll, Berufsgeheimnis S. 4 ff. und je dort zit. Autoren.

120 Während die zürcherische Regelung lediglich von der Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten ausgeht, führt Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB die Verschwiegenheit von Tatsachen an, die der Beamte in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung zur Kenntnis genommen hat. Da die Qualifikation des Sachverständigen als Beamter nicht von einem bestehenden Dienstverhältnis abhängt, sondern allein von der amtlichen

einer schwebenden Untersuchung an Dritte zu machen. Ihrer Natur nach sind in der Begutachtungssituation all diejenigen Mitteilungen und Wahrnehmungen geheimzuhalten, welche die persönliche Geheimsphäre des Exploranden betreffen. Darunter fallen nicht nur medizinische, sondern ebenso persönliche und familiäre Tatsachen<sup>122</sup>.

In Analogie zum ärztlichen Berufsgeheimnis erstreckt sich die Geheimhaltungspflicht des Experten jedoch nicht nur auf Tatsachen, die sich auf den Exploranden beziehen, sondern ebenso auf Kenntnisse, die der Sachverständige im Zusammenhang mit seiner Begutachtungstätigkeit über Drittpersonen erhält<sup>123</sup>.

3. Kenntnisnahme durch Anvertrauen von Seiten des Exploranden bzw. der befragten Drittpersonen oder infolge eigener Wahrnehmungen des Sachverständigen

Gem. Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist die Offenbarung eines Geheimnisses verboten, das jemandem u.a. als Beamtem anvertraut worden ist oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat.

Mit dem Begriff des Anvertrauens, welcher ebenso beim ärztlichen Berufsgeheimnis eine Rolle spielt, ist lediglich die Tatsache der ausdrücklichen Mitteilung zu verstehen und nicht etwa, dass der Explorand oder die befragten Drittpersonen ihre Äußerungen expressis verbis unter dem Siegel der Verschwiegenheit abgeben<sup>124</sup>.

---

Funktion, die er dabei ausübt (sh. dazu vorne S. 96), soll im folgenden von amtlichen Angelegenheiten die Rede sein.

121 Zu den Begriffen sh. Grossmann S. 13

122 Vgl. Schultz a.a.O. S. 20/21, welcher für den Erwachsenen zusätzlich die berufliche und wirtschaftliche Situation anführt.

123 Vgl. Grossmann S. 31/32, Schultz a.a.O. S. 21. In bezug auf das ärztliche Berufsgeheimnis, sh. etwa Lenckner, Ärztliches Berufsgeheimnis S. 171, Rehberg, Berufsgeheimnis S. 233, Langmack S. 71

124 Vgl. Hafter BT II S. 848, Grossmann S. 28, Schultz a.a.O. S. 21

Wie beim ärztlichen Berufsgeheimnis, so ist auch beim Amtsgeheimnis des Arztes die Pflicht zur Verschwiegenheit eigener Wahrnehmungen von grosser Bedeutung. Denn der Arzt vermag dank seiner speziellen Ausbildung Tatsachen festzustellen, über welche der Patient bzw. Explorand selber nicht orientiert ist, die er aber bei entsprechender Kenntnis vernünftigerweise geheimzuhalten wünschte<sup>125</sup>; z.B. kann der Arzt eine dem Patienten bzw. Exploranden bis anhin verborgene Krankheit feststellen.

#### 4. Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnisnahme und der amtlichen Tätigkeit des Experten

Wie aus Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB hervorgeht, fallen nur diejenigen Tatsachen unter das Amtsgeheimnis, welche dem Experten im Rahmen der Begutachtung zur Kenntnis gelangen. Ueber Dinge, die er in seinem Privatleben über den Exploranden oder die befragten Drittpersonen in Erfahrung bringt oder in bezug auf die im Privatleben über diese Personen gemachten Wahrnehmungen ist er demnach nicht geheimhaltungspflichtig<sup>126</sup>.

#### C. Geltungsbereich des Amtsgeheimnisses des Experten

##### 1. Grundsätzliche Geltung des Amtsgeheimnisses gegenüber jedermann

Der Experte hat das Amtsgeheimnis grundsätzlich gegenüber jedermann zu wahren, also auch gegenüber anderen beamteten oder nichtbeamteten ärztlichen Kollegen<sup>127</sup>, gegenüber Gerichts- und Verwaltungsbehörden<sup>128</sup> sowie gegenüber dem Exploranden und dem gesetzlichen Vertreter<sup>129</sup>.

---

125 Vgl. Lenckner a.a.O. S. 171/72

126 Zur Notwendigkeit des erwähnten Kausalzusammenhanges, vgl. u.a. Grossmann S. 29 und dort zit. Autoren, Schultz a.a.O. S. 22, für das deutsche Recht vgl. Düwel S. 81

127 Vgl. Schultz a.a.O. S. 25

128 Sh. dazu hinten S. 111

129 Sh. jedoch hinten S. 107 ff.

## 2. Ausnahmen

### a) Pflicht zur Mitteilung der Gutachtensergebnisse an die auftraggebende Behörde

#### aa) Allgemeines

Gegenüber der auftraggebenden Behörde kann das Amtsgeheimnis grundsätzlich nicht bestehen, da der Experte zur Mitteilung seiner Gutachtensergebnisse verpflichtet ist. Doch fragt sich, in welchem Umfang diese an den Auftraggeber zu ergehen hat, d.h. ob die Mitteilung unbeschränkt erfolgen soll oder ob im Rahmen der Begutachtung ein dem Arzt-Patientenverhältnis entsprechendes Vertrauensverhältnis mit der Folge der Geheimhaltungspflicht auch gegenüber dem Auftraggeber entstehen kann. Eng damit verknüpft ist die Frage, ob es möglich ist, Begutachtung und Therapie getrennt durchzuführen.

#### bb) Umfang der Mitteilungspflicht gegenüber der auftraggebenden Behörde

Wie an früherer Stelle angedeutet <sup>130</sup>, befindet sich der psychiatrische Experte im Erwachsenenstrafverfahren angesichts der unterschiedlichen Zielsetzung von Psychiatrie und Strafrecht in einer Doppelstellung: einerseits ist er beauftragt, einen bestimmten Sachverhalt zu beurteilen und ist damit dem Richter bei der Urteilsfindung behilflich, andererseits ist er Arzt und als solcher zum Helfen und Heilen berufen.

Nach herrschender Auffassung kann dem Psychiater nicht zugemutet werden, seine Rolle als Arzt und damit als persönlicher Helfer während der Begutachtung vollständig aufzugeben. Es wird ihm deshalb zugestanden, zwischen sich und dem Exploranden ein der Arzt-Patienten-Beziehung entsprechendes Vertrauensverhältnis mit der Folge der Geheimhaltungspflicht einzugehen, wobei der Experte allerdings übereinstimmend in erster Linie als 'Ver-

---

<sup>130</sup> Sh. vorne S. 71

trauensmann' <sup>131</sup> des Richters betrachtet wird <sup>132</sup>. Zudem wird vereinzelt vorgebracht, dass sich die Tätigkeit des Sachverständigen, insbesondere bei einer langfristigen, sich über Wochen oder gar Monate erstreckenden Begutachtung nicht auf die Exploration beschränken könne, sondern zwangsläufig zugleich den Beginn einer Therapie darstelle. Ohne Vertrauensverhältnis lasse sich jedoch keine Behandlung durchführen <sup>133 134</sup>.

Wenn schon im Erwachsenenstrafverfahren die Entstehung eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Experten und dem Exploranden überwiegend anerkannt wird, so muss dies umso mehr für das Jugendstrafrecht zutreffen, da dieses Sonderstrafrecht bekanntlich von einer ähnlichen Zielsetzung wie die Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie ausgeht <sup>135</sup>. Das Vertrauensverhältnis erweist sich sogar als erzieherische Notwendigkeit, denn Erziehung ohne Vertrauen ist undenkbar. Der Erziehungsprozess seinerseits muss in einem Erziehungsstrafrecht bereits im Untersuchungsstadium, also auch schon während der Begutachtung, einsetzen. Ausserdem lässt sich in der jugendstrafrechtlichen ebenso wenig wie in der erwachsenenstrafrechtlichen Begutachtung eine Trennung zwischen Exploration und Therapie durchführen, insbesondere nicht bei einem Aufenthalt des Minderjährigen in einer Beobachtungsstation <sup>136</sup>.

---

131 Frey, Aerztliches Zeugnisverweigerungsrecht S. 53

132 Vgl. u.a. Schwarz, Sachverständigentätigkeit, S. 147, Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S. 33, K. Müller S. 214, Frey a.a.O. Jessnitzer S. 143 ff. A.M. offensichtlich Rom S. 272

133 In diesem Sinne Frey a.a.O.

134 Ueber die gesamte Problematik wurde anlässlich der Tagung der Schweizerischen Vereinigung für Strafrecht und Kriminologie im Jahre 1956 unter Psychiatern und Strafrechtlern diskutiert, wobei deutlich die unterschiedliche Denkweise der Vertreter der beiden Disziplinen zum Ausdruck kam. Die Mehrzahl der Psychiater trat für die Entstehung eines Vertrauensverhältnisses ein und verneinte somit eine absolute Mitteilungspflicht des psychiatrischen Experten gegenüber der auftraggebenden Behörde. Die meisten waren auch der Ansicht, dass Begutachtung und Therapie zwei ineinander übergreifende Gebiete seien, die sich schwerlich trennen liessen. Dagegen befürworteten die Juristen beinahe einstimmig eine absolute Mitteilungspflicht, indem sie das Eingehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Experten und dem Exploranden als mit dem Begutachtungsauftrag nicht vereinbar betrachteten. Darüber hinaus vertraten sie den Standpunkt, dass Begutachtung

Auf Grund dieses Vertrauensverhältnisses teilt der Explorand dem Experten unter Umständen Dinge mit, welche er dem Jugendanwalt gegenüber nicht erwähnt hat und an deren Geheimhaltung er ein grosses Interesse haben kann. Hält man sich das Wesen der amtlich angeordneten Begutachtung vor Augen, so kann allerdings das zwischen dem Experten und dem Exploranden bestehende Vertrauensverhältnis in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht gleich beschaffen sein wie dasjenige in der ärztlichen Praxis, da der Explorand nicht bestimmen kann, welche Tatsachen im Gutachten zu verwerthen sind. Diese Auswahl wird vielmehr durch den jeweiligen Inhalt des Gutachtensauftrages <sup>137</sup> getroffen, indem der Sachverständige dem Auftraggeber all diejenigen Tatsachen mitzuteilen hat, welche für die Schlussfolgerungen des Gutachtens relevant sind <sup>137 A</sup>. Aus diesem Grunde sollte der psychiatrische Experte den Minderjährigen und auch die zu befragenden Drittpersonen jeweils zu Beginn der Begutachtung darauf aufmerksam machen, dass deren Mitteilungen im Gutachten verwertet werden können <sup>138</sup>.

---

und Therapie zwei verschiedene Aufgabenbereiche darstellten, die getrennt durchgeführt werden müssten. Nur auf diese Weise gelange der Sachverständige zu einer objektiven Würdigung des Sachverhaltes. In: Frey, le secret professionnel S. 27 ff.

135 Sh. vorne S. 22/23

136 Vgl. Tramer, Leitfaden S. 170/71 mit der zutreffenden Begründung, dass der Minderjährige in einem bestimmten Milieu lebe, das bestimmte Reaktionen erzeuge, bei welchen erzieherisches Handeln von Seiten der Verantwortlichen unumgänglich sei.

137 Vgl. Göppinger S. 1569, Frey, Aerztliches Zeugnisverweigerungsrecht S. 52, ders. le secret professionnel S. 30, in diesem Sinne auch Jessnitzer S. 143. A.M. K. Müller S. 214/15, der in erster Linie auf den Willen des Exploranden abstellen möchte, welche Tatsachen im Gutachten verwertet werden können.

137 A Wie aus Gesprächen mit verschiedenen in der Praxis tätigen Psychiatern hervorgegangen ist, tendieren diese bei der Darstellung der Gutachtensergebnisse, insbesondere des anamnestischen Teils, eher zu Zurückhaltung als zu Ausführlichkeit. Dies wird einerseits damit begründet, dass allzudetaillierte Schilderungen aus dem Persönlichkeitsbereich des Exploranden ein tiefer Eingriff in seine Intimsphäre darstelle. Andererseits wird auf die Gefahr der nachteiligen Wirkungen hingewiesen, wenn der Explorand oder die Angehörigen mit dem Gutachtensinhalt konfrontiert werden. Sh. dazu hinten S. 155 ff.

138 So u.a. auch Jessnitzer S. 146, Ulrich S. 88. Wie aus Gesprächen mit Psychiatern hervorgegangen ist, scheint dieser Hinweis in der Praxis denn auch regelmässig zu erfolgen.

Ist die Tatsache, die der Explorand geheimhalten möchte, von nebensächlicher Bedeutung oder steht sie in keinem Zusammenhang mit dem Begutachtungsauftrag, so darf der Experte diese nicht im Gutachten verwerten, ansonsten er eine Geheimnispflichtverletzung im Sinne von Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB begeht<sup>139</sup>. Bei der Entscheidung darüber, welche Mitteilungen relevant sind, handelt es sich um eine Ermessensfrage, die zu beantworten dem psychiatrischen Sachverständigen obliegt. Dass diese im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, liegt auf der Hand.

Als weiteres stellt sich die Frage, ob der Experte zur Anzeige von strafbaren Handlungen verpflichtet ist, die ihm vom Exploranden oder von Drittpersonen im Laufe der Begutachtung mitgeteilt worden sind. Zur Beantwortung dieser Frage ist § 21 Abs. 1 StPO heranzuziehen, welcher folgendermassen lautet:

"Behörden und Beamte haben ihnen bekannt gewordene Handlungen anzuzeigen, die sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrnehmen. Ausgenommen von dieser Pflicht, aber zur Anzeige berechtigt sind Beamte, deren berufliche Aufgabe ein persönliches Vertrauensverhältnis zu einem Beteiligten oder zu einem seiner Angehörigen voraussetzt."<sup>140</sup>

Aus den vorhergehenden Erörterungen erhellt ohne weiteres, dass der psychiatrische Experte unter diese Ausnahmebestimmung fällt und es demnach in seinem Ermessen liegt, ob er strafbare Handlungen anzeigen will. Dies gilt allerdings nur für die Delikte, welche mit dem Gutachtensauftrag in keinem Zusammenhang stehen<sup>141</sup>.

---

139 Vgl. Russek S. 117/18, Frey a.a.O. S. 54

140 § 15 des Gesetzes über das Gesundheitswesen v. 4. November 1962 (OS 41 291), welcher die Anzeigepflicht und -befugnis von strafbaren Handlungen durch die Angehörigen der medizinischen und pharmazeutischen Berufe und Hilfsberufe regelt, kommt deshalb nicht zur Anwendung, weil sich diese Bestimmung offensichtlich nur auf die private ärztliche Tätigkeit, d.h. die auf freiwilliger Basis erfolgte Behandlung und Begutachtung bezieht. Für den vorliegenden Fall ist dies allerdings von geringer praktischer Bedeutung, da auch das Gesundheitsgesetz eine fakultative Anzeige von Delikten vorsieht.

141 Hat der Psychiater die gesamte Persönlichkeit des Minderjährigen zu würdigen, um die Frage nach der Indikation von Massnahmen zu beantworten, so kann z.B. das Eingeständnis des jungen Täters, in letzter Zeit verschiedene Male exhibitioniert zu haben, für die Persönlichkeitsbeurteilung sehr aufschlussreich sein, weshalb der Psychiater dies im Gutachten erwähnen sollte. Hingegen muss die Mitteilung des Exploranden, einige Diebstähle mehr begangen zu haben, als er dies gegenüber

b) Befugnis zur Mitteilung der Gutachtensergebnisse an den Exploranden bzw. den gesetzlichen Vertreter durch den psychiatrischen Experten?

Wie bereits festgehalten wurde <sup>142</sup>, gilt das Amtsgeheimnis grundsätzlich auch gegenüber dem Exploranden und dem gesetzlichen Vertreter. Dass sich die Schweigepflicht des Experten uneingeschränkt auf Tatsachen bezieht, deren Geheimhaltung ausschliesslich im öffentlichen Interesse liegt, versteht sich ohne weiteres <sup>143</sup>. Hingegen fragt es sich, ob der Sachverständige zur Geheimhaltung von Tatsachen verpflichtet ist, welche der Geheimsphäre des Exploranden angehören und somit Gegenstand eines Privatgeheimnisses <sup>144</sup> bilden, von denen der Explorand bzw. der gesetzliche Vertreter jedoch keine Kenntnis haben. Um einen solchen Fall handelt es sich bei den im Zuge der Untersuchung gewonnenen Gutachtensergebnissen. Es fragt sich also, ob der Sachverständige befugt ist, die erwähnten Personen über den Ausgang der Expertise zu orientieren. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wer in bezug auf Privatgeheimnisse verfügungsberechtigt ist.

Nach dem Wortlaut von Art. 320 Ziff. 2 StGB steht es allein der vorgesetzten Behörde zu, über die straflose Preisgabe von Amtsgeheimnissen, also auch amtlich begründeten Privatgeheimnissen, zu befinden, indem der private Geheimnisherr hier im Gegensatz zu Art. 321 Ziff. 2 StGB <sup>145</sup> nicht erwähnt wird. Hafter <sup>146</sup> führt dies darauf zurück, dass der Staat bei Privatgeheimnissen neben dem Privaten Geheimnisherr ist und an deren Wahrung bzw. Preisgabe mitunter ein grösseres Interesse haben kann als der Private. Die herr-

---

der Polizei und dem Jugendanwalt zugegeben hatte, nicht vermerkt werden. Da der Sachverständige nicht mit der Abklärung des strafrechtlichen Sachverhaltes beauftragt werden darf, die gerichtliche Behörde also vorgängig die strafrechtlichen Ermittlungen vornehmen muss (sh. vorne S. 91), dient die vom Sachverständigen mitgeteilte Tat nicht der Ergänzung des "Sündenregisters" des Minderjährigen, sondern der Abrundung des Persönlichkeitsbildes.

<sup>142</sup> Sh. vorne S. 102

<sup>143</sup> Z.B. darf der Experte den erwähnten Personen auf Grund von § 34 StPO nicht die vom Auftraggeber zugestellten Akten zur Einsichtnahme aushändigen.

<sup>144</sup> Sh. dazu vorne S. 100

<sup>145</sup> Diese Bestimmung regelt die Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis durch den Berechtigten.

<sup>146</sup> Hafter BT S. 850/51, so auch Grossmann S. 45 ff.

schende Meinung<sup>147</sup> nimmt indessen zu Recht einen anderen Standpunkt ein, indem sie dem Privaten - allerdings in unterschiedlichem Masse - eine Entscheidungsmöglichkeit über die Preisgabe seiner Geheimnisse zugesteht. Während Comtesse<sup>148</sup> den Privaten in zu weit gehender Weise als allein verfuhrungsberechtigt betrachtet, nimmt R. Hauser<sup>149</sup> folgende einleuchtende Differenzierung vor: Hat ein Beamter vorwiegend Geheimnisse im Interesse einer Privatperson zu wahren, so steht es in erster Linie dieser zu, über die Entbindung von der Schweigepflicht zu befinden. Wo daneben ein gleiches Interesse des Staates vorliegt, kann eine Befreiung durch die vorgesetzte Behörde genügen, wobei diese jedoch den privaten Geheimnisherrn vom Gesuch der Entbindung von der Schweigepflicht zu unterrichten hat und auch auf die Interessen des Privaten Rücksicht nehmen sollte.

Bei den im Zuge der Begutachtung gewonnenen ärztlich-psychiatrischen Befunden dürfte es sich um Privatgeheimnisse handeln, an deren Geheimhaltung der Staat ebenso ein Interesse hat wie der Private. Denn die Begutachtung erfolgt nicht auf private Initiative, sondern auf staatliche Anordnung hin. Ausserdem dient sie nicht nur der Besserung bzw. Heilung des Zustandes des Exploranden, sondern darüber hinaus besteht ein übergeordnetes staatliches Interesse an der Sozialisierung des straffälligen Minderjährigen. Oder um es von einem anderen Gesichtspunkt her zu betrachten: Um die ihm vom Gesetz übertragene Aufgabe der Persönlichkeitserforschung richtig erfüllen zu können, ist der Jugendanwalt und letztlich der von ihm beauftragte Sachverständige genötigt, in die private Geheimnissphäre des Minderjährigen und der Angehörigen - auch gegen deren Willen - einzudringen, so dass von da her auch ein öffentliches Interesse an einem ausgedehnten Schutz des Amtsgeheimnisses besteht<sup>150</sup>. Dieses öffentlich begründete Geheimhaltungsinteresse bezweckt aber nichts anderes als den Schutz der Geheimnissphäre des

---

147 R. Hauser S. 93/94, FN 65, Stratenwerth II S. 652, Comtesse S. 259/60, Sträuli/Hauser, Kommentar zur zürcherischen ZPO Anm. 4 zu § 187, sh. auch ZR 29 Nr. 31

148 Comtesse a.a.O.

149 R. Hauser a.a.O., ähnlich Stratenwerth a.a.O.

150 In gleicher Weise für das Vormundschaftsrecht: BGE 80 I 5

Exploranden und der Angehörigen vor unberechtigtem Eindringen von Drittpersonen. Von daher gesehen steht demnach einer Mitteilung der Gutachtensergebnisse an den Exploranden bzw. den gesetzlichen Vertreter nichts mehr im Wege, auch wenn diese Personen - wie erwähnt - über diese Geheimnisse nicht allein verfügungsberechtigt sind.

Dass der Staat kein Geheimhaltungsinteresse in bezug auf die Mitteilung der ärztlich-psychiatrischen Befunde gegenüber dem Exploranden oder dem gesetzlichen Vertreter hat <sup>151</sup>, lässt sich aber auch noch auf andere Weise begründen. Die Orientierung des Minderjährigen bzw. des gesetzlichen Vertreters entspricht einem erzieherischen Gebot. Wird diese nicht vom Psychiater vorgenommen, so erfolgt sie regelmässig durch den Jugendanwalt oder das Gericht <sup>152</sup>. Zum anderen wäre es in der jugendstrafrechtlichen Begutachtung undenkbar, dass der Sachverständige den erwähnten Personen am Ende der Begutachtung nach vielen vertrauensvollen Gesprächen eröffnen müsste, er sei zur Mitteilung der ärztlichen Untersuchungsergebnisse nicht legitimiert, weil er in keiner anderen amtlich angeordneten Begutachtungsart so sehr eine ärztliche, auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Haltung einnehmen darf. Eine ganz andere Frage ist diejenige, ob der Psychiater oder der gerichtliche Auftraggeber die Orientierung des Minderjährigen bzw. der Eltern übernehmen soll <sup>153</sup>.

#### D. Verletzung des Amtsgeheimnisses

Eine Verletzung des Amtsgeheimnisses liegt dann vor, wenn der Experte eine geheimzuhaltende Tatsache unbefugterweise offenbart. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst die Offenbarung "jede Art der Bekanntgabe des Geheimnisses, insbesondere die mündliche oder schriftliche Mitteilung und die Aushändigung von Schriftstücken oder anderen Sachen, die das Geheimnis

---

151 Die Eltern sollten schon deshalb in die Orientierung miteinbezogen werden, da sie in der Regel einen wichtigen Bestandteil im Massnahmenvollzug bilden.

152 Die Frage, wer die Orientierung des Minderjährigen und der Eltern übernehmen soll, wird in der Regel anlässlich der Schlussbesprechung erörtert. Sh. dazu hinten S. 143

153 Sh. hinten S. 142 ff.

verraten <sup>154</sup>. Strafbar ist jedoch nur die vorsätzliche Preisgabe des Geheimnisses. Während es sich bei der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses um ein Antragsdelikt handelt, wird die widerrechtliche Bekanntgabe des Amtsgeheimnisses als Officialdelikt von Amtes wegen verfolgt.

#### E. Entbindung vom Amtsgeheimnis

Die Preisgabe des Amtsgeheimnisses kann jedoch rechtmässig sein, wenn gem. Art. 320 Ziff. 2 StGB die vorgesetzte Behörde die schriftliche Einwilligung dazu erteilt, wobei sie im Falle von Privatgeheimnissen, die sowohl im privaten wie im öffentlichen Interesse liegen, die Privatperson in das Einwilligungsverfahren miteinzubeziehen hat <sup>155</sup>.

Es stellt sich zunächst die Frage, wer gegenüber dem amtlich bestellten Sachverständigen als vorgesetzte Behörde gilt. Man hat davon auszugehen, dass die vorgesetzte Behörde des als Privatarzt bestellten Sachverständigen <sup>156</sup> nicht auf einem Dienstverhältnis beruhen kann, weil ein solches fehlt. Die Amtsärzte stehen wohl in einem Dienstverhältnis zum Staat und zwar sind sie im Kanton Zürich der Gesundheitsdirektion unterstellt <sup>157</sup>, doch kann diese meines Erachtens nur in Heilungs- und Behandlungsbelangen sowie privaten Begutachtungen als vorgesetzte Behörde amten, nicht dagegen bei amtlich angeordneten Expertisen. Denn die Entscheidung über die Preisgabe von Amtsgeheimnissen, deren Verletzung grundsätzlich strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht, durch eine der Materie fernstehende Behörde wäre absurd.

---

154 BGE 75 IV 74. Dieser Entscheid, welcher im Zusammenhang mit dem ärztlichen Berufsgeheimnis ergangen ist, dürfte auch für das Amtsgeheimnis Gültigkeit haben.

155 Sh. vorne S. 108

156 Sh. dazu vorne S. 78 und 91/92

157 § 32 Ziff. 1 des Gesetzes betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 26. Februar 1899, ZG I, 167

Als vorgesetzte Behörde kann deshalb sowohl für den Privat- wie auch den Amtsarzt nur diejenige Stelle in Frage kommen, die den Sachverständigen zur Begutachtung beauftragt hat: der Jugendanwalt oder das Gericht <sup>158</sup>.

Im Zusammenhang mit der Preisgabe des Amtsgeheimnisses ist insbesondere folgender Fall von Interesse: Oft wird der Experte von Gerichts- oder Verwaltungsbehörden, die sich in einem späteren Verfahren mit dem Exploranden befassen, um die Herausgabe einer Kopie oder Abschrift des Gutachtens ersucht. In einem solchen Fall handelt der Sachverständige nur dann korrekt, wenn er entweder beim Auftraggeber vorgängig die schriftliche Einwilligung einholt oder die genannten Behörden direkt an den Auftraggeber verweist <sup>159</sup>.

### III. Ausnahmsweise Berücksichtigung des ärztlichen Berufsgeheimnisses in der Begutachtungssituation

Ausnahmsweise kann auch das ärztliche Berufsgeheimnis in der Begutachtungssituation eine Rolle spielen und zwar in folgenden Fällen:

- wenn sich der Beizug von mündlichen Mitteilungen, Krankengeschichten, Berichten und Gutachten über den Exploranden und seine Angehörigen von früher behandelnden Aerzten als notwendig erweist (A) und
- wenn der Psychiater, der früher den Minderjährigen als Patienten behandelt hat, mit dessen Begutachtung beauftragt wird (B).

---

158 Im Ergebnis gleich Düwel S. 157

159 Gl. M. Russek S. 132/33, a.A. Wyrsch, SAeZ 1952 S. 417, welcher dem Experten eine selbständige Weitergabe des Gutachtens an die Gerichts- und Verwaltungsbehörden zugesteht, mit der Begründung, dass das sich in den Gerichtsakten befindliche Original ohnehin den genannten Behörden zugänglich sei (Womit er wohl die ohne weiteres erfolgende gegenseitige Aktenedition der Gerichte gegenüber anderen Gerichten und Verwaltungsbehörden meinte. Sh. dazu hinten S. 161/62).

A. Beizug von mündlichen Mitteilungen, Krankengeschichten, Berichten und Gutachten über den Exploranden sowie die Angehörigen von früher behandelnden Ärzten

1. Begründung der Notwendigkeit zur Einholung von ärztlichen Informationen

Um die Persönlichkeit des Minderjährigen ganzheitlich zu erfassen, bedarf der psychiatrische Experte einer genauen Anamnese des Exploranden wie auch der Angehörigen. Die Grundlage dazu verschafft er sich durch die Befragung der erwähnten Personen. In der Regel ergeben diese Informationen jedoch kein vollständiges Bild über die Vorgeschichte, da sie vielfach unvollständig und insbesondere subjektiv geprägt sind. Auch das Studium der Akten sowie die Befragung von Drittpersonen hilft dem Experten mitunter nicht weiter. Aus diesem Grunde ist er auf den Beizug von mündlichen Mitteilungen, Krankengeschichten, Berichten oder Gutachten von Ärzten angewiesen, die den Minderjährigen bzw. seine Angehörigen auf privater Basis behandelt haben<sup>160</sup>. Die Auswertung dieser Informationen soll aber nur soweit erfolgen, als dies für die Begutachtung notwendig ist<sup>161</sup>.

2. Grundsätzliche Geltung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gegenüber Berufskollegen

Nach Lehre<sup>162</sup> und Rechtsprechung<sup>163</sup> besteht die Geheimhaltungspflicht des Arztes grundsätzlich auch gegenüber Berufskollegen. Umso mehr muss diese Pflicht gegenüber dem ärztlichen Experten gelten, welcher nicht primär private Interessen wahrnimmt, sondern in amtlichem Auftrage tätig ist. Demnach

---

160 Dass der Experte zur selbständigen Einholung dieser Informationen berechtigt ist, wurde bereits an früherer Stelle dargelegt. Sh. vorne S. 82 ff. (88 ff.)

161 Gl. M. Schwarz in bezug auf Krankengeschichten. In: Das ärztliche Berufsgeheimnis S. 233

162 Vgl. u.a. Rehberg, Berufsgeheimnis S. 234, Russek S. 53, Blass S. 128/29, Schultz, Amtsärztliches Berufsgeheimnis S. 25, indirekt auch Langmack S. 72

163 75 IV 74/75, ferner Entscheid des Berner Obergerichtes v. 16. Nov. 1951 publ. in ZBJV 90 (1954) S. 410 ff., ferner in SAeZ 1952 S. 166 ff.

ist der Austausch von Krankengeschichten, Gutachten, Berichten wie auch von mündlichen geheimzuhaltenden Informationen unter Aerzten als unerlaubte Offenbarung<sup>164</sup> eines Geheimnisses im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu betrachten, welche strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht. Denn der Patient "hat ein Interesse daran, dass die geheimen Tatsachen auch nicht jedem beliebigen anderen Arzte, den er vielleicht gar nicht kennt und zu dem er kein Zutrauen hat, zur Kenntnis gelangen." Dies wurde in einem grundlegenden Entscheid des Obergerichtes des Kantons Bern im Jahre 1951 festgehalten<sup>165</sup>. Damit wurde einer seit Generationen bestehenden Praxis der Aerzte, v.a. der Psychiater, sich gegenseitig Krankengeschichten auszutauschen, Einhalt geboten. Auf diesen Entscheid soll noch an späterer Stelle näher eingegangen werden<sup>166</sup>.

### 3. Strafloze Preisgabe eines ärztlichen Geheimnisses beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes

Eine an sich strafbare Geheimnisverletzung kann zu einer rechtmässigen Handlung werden, wenn einer der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe von Art. 321 Ziff. 2 und 3 sowie Art. 32 bis 34 StGB vorliegt. An dieser Stelle sollen lediglich diejenigen Rechtfertigungsgründe kurz erwähnt werden, welche für die Begutachtung relevant sind: Einwilligung des Berechtigten, Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis durch die Aufsichtsbehörde sowie Notstandshilfe. Sodann soll geprüft werden, ob ärztliche Geheimnisse gegenüber dem Experten in Erfüllung einer Berufspflicht preisgegeben werden dürfen.

#### a) Einwilligung des Berechtigten

Art. 321 Ziff. 2 StGB nennt an erster Stelle die Einwilligung des Berechtigten. Zu dieser Ermächtigung ist der Geheimnisherr befugt, d.h. diejenige

---

164 Zum Begriff des Offenbarens, sh. vorne S. 109/10

165 Sh. FN 163

166 Sh. hinten S. 117

Person, in deren Geheimsphäre die dem Arzt bekanntgegebene Tatsache fällt<sup>167</sup>. Dabei handelt es sich um die Verwirklichung des Grundsatzes "volenti non fit iniuria". Enthält das vom Patienten anvertraute Geheimnis Angaben über Drittpersonen - was in der Begutachtung durch den Einbezug der Angehörigen die Regel ist - so müssen demnach sämtliche Personen die Einwilligung zur Offenbarung des Geheimnisses geben<sup>168</sup>. Während anstelle urteilsunfähiger Unmündiger der gesetzliche Vertreter über die Entbindung zu entscheiden hat, können urteilsfähige Unmündige die Einwilligung selber vornehmen<sup>169</sup>, was allerdings nicht unbestritten ist<sup>170</sup>.

Das Gesetz stellt keine Anforderungen an die Einwilligung des Berechtigten, so dass diese schriftlich, mündlich oder gar stillschweigend erfolgen kann<sup>171</sup>. Bei der amtlich angeordneten Begutachtung sollte m.E. die Entbindung vom Arztgeheimnis allerdings schriftlich erfolgen. Denn da es sich bei dieser Begutachtungsart um einen tiefen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen handelt, muss dessen Wille klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommen, was beim Einhalten der schriftlichen Form am ehesten gewährleistet sein dürfte<sup>172</sup>. Damit der Berechtigte erkennen kann, worin er einwilligt, darf nicht eine summarische Benennung der früher behandelnden Ärzte vorgenommen werden, sondern es ist jeder Arzt separat aufzuführen.

---

167 Vgl. R. Hauser S. 225 und dort zit. Autoren

168 Vgl. Rehberg, Berufsgeheimnis S. 234, Russek S. 45, R. Hauser a.a.O., Meier-Hayoz S. 4 FN 3. A.M. Langmack, nach dessen Ansicht der Patient, welcher dem Arzt Informationen über Drittpersonen, auch Angehörige, abgegeben hat, allein über die Preisgabe dieser Mitteilungen entscheiden kann (S. 74).

169 Vgl. Rehberg, Aerztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter S. 25

170 Sh. Näheres bei Rehberg a.a.O. S. 24 ff.

171 Vgl. R. Hauser S. 227, ferner Russek S. 45 und dort zit. Autoren

172 Die Schriftlichkeit entspricht denn auch der geltenden Praxis des zürcherischen Jugendstrafverfahrens, indem die Entbindung auf einem speziellen Formular erfolgt.

b) Einholen einer schriftlichen Bewilligung bei der Aufsichtsbehörde

Mitunter treten Fälle ein, bei denen der Berechtigte in die Verwertung von Krankengeschichten, Gutachten oder sonstiger Informationen nicht einwilligen kann <sup>173</sup> oder will. Es kann sich auch durchaus ergeben, dass der Arzt den Patienten aus irgendeinem Grund nicht um die Entbindung vom Arztgeheimnis bitten will. In solchen Fällen besteht gemäss Art. 321 Ziff. 2 StGB für den Arzt die Möglichkeit, die entsprechende Einwilligung bei der Aufsichtsbehörde einzuholen <sup>174</sup>. Die zuständige Behörde - im Kanton Zürich die Gesundheitsdirektion <sup>175</sup> - prüft das Begehren nach freiem Ermessen. Falls sie diesem nachkommt, hat sie die Bewilligung schriftlich zu erteilen (Art. 321 Ziff. 2 StGB).

c) Notstandshilfe

Kann die Einwilligung des Berechtigten nicht eingeholt werden und ist die Beschaffung einer schriftlichen Bewilligung der Aufsichtsbehörde aus zeitlichen Gründen nicht möglich, so kann sich der Arzt bei der Preisgabe des Geheimnisses unter Umständen auf den Rechtfertigungsgrund der Notstandshilfe i.S. von Art. 34 Ziff. 2 StGB berufen, welcher folgendermassen lautet:

"Die Tat, die jemand begeht, um das Gut eines anderen, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos ..."

Notstandshilfe dürfte etwa in folgendem Fall vorliegen:

Ein 11-jähriger, urteilsunfähiger Knabe hat offensichtlich eine schwerwiegende Tat, nämlich eine vorsätzliche Brandstiftung begangen, dies jedoch in der polizeilichen wie auch in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme bestritten. Das Verhalten des Kindes lässt den Verdacht einer schweren psychischen Störung aufkommen und auf Grund von ernstzunehmenden Drohungen

---

173 Z.B. wegen Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters

174 Dem Jugendanwalt oder Gericht steht keine entsprechende Legitimation zu. Die betreffenden Instanzen können den Arzt lediglich darum ersuchen, sich an die Aufsichtsbehörde zu wenden (Vgl. R. Hauser S. 224).

175 Gem. § 32 Ziff. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 26. Februar 1899, ZG I, 167

besteht die Gefahr einer erneuten Brandstiftung und gar eines Suizides. Dem Jugendanwalt ist bekannt, dass sich der Knabe in ambulanter psychiatrischer Behandlung befindet. Um geeignete Vorkehren treffen zu können, ist er auf fachliche Ratschläge angewiesen. Da jedoch der gesetzliche Vertreter infolge örtlicher Abwesenheit keine Entbindung vom ärztlichen Geheimnis vornehmen kann und das Bewilligungsverfahren der Aufsichtsbehörde infolge der vorgeschriebenen Schriftlichkeit einige Zeit dauert und zudem eine Klinikeinweisung wegen Platzmangels nicht in Frage kommt, darf und sollte der behandelnde Psychiater dem Jugendanwalt ohne weiteres fachliche Hinweise für das bestmögliche Vorgehen liefern.

d) Möglichkeit der straflosen Preisgabe von ärztlichen Geheimnissen auf Grund der Berufspflicht?

Gem. Art. 32 StGB ist die Tat, die eine Berufspflicht gebietet, kein Verbrechen oder Vergehen. Der Begriff der Berufspflicht muss den massgeblichen Bestimmungen entnommen werden, welche Rechte und Pflichten des Arztes regeln. Dies sind im Kanton Zürich v.a. das Gesundheitsgesetz, die verwaltungsrechtlichen Erlasse über die Ausübung des Arztberufes sowie die Standesregeln der Aerzteschaft<sup>176</sup>. Eine fundamentale Berufspflicht des Arztes besteht zweifelsohne in der Heilung und Behandlung von Patienten. Von nicht minderer Bedeutung ist aber auch die Pflicht des Mediziners, über die infolge seiner Berufsausübung anvertrauten oder wahrgenommenen Geheimnisse Stillschweigen zu bewahren und zwar auch, wie erwähnt<sup>177</sup>, gegenüber Berufskollegen. Diese beiden Pflichten können insofern in Widerstreit treten, als der Arzt mitunter zur sachgemässen Behandlung oder Begutachtung des Patienten auf Informationen von Seiten früher behandelnder Aerzte angewiesen ist.

Nach Lehre<sup>178</sup> und Rechtsprechung<sup>179</sup> ist die Offenbarung von ärztlichen Geheimnissen nicht strafbar, wenn ohne diese Geheimnisverletzung eine sinnvolle Behandlung nicht möglich wäre, wenn also die Pflicht zur Heilung und

---

<sup>176</sup> Vgl. Russek S. 51

<sup>177</sup> Sh. vorne S. 112

<sup>178</sup> Vgl. Rehberg, Berufsgeheimnis S. 235, Russek S. 52, Langmack S. 72, eher zurückhaltend ferner Häfliger in ZStR 80 (1964) S. 40

<sup>179</sup> BGE 75 IV 74, Entscheid des Berner Obergerichtes v. 16.11.1951 zit. in FN 163

Behandlung als eine gegenüber der Geheimhaltungspflicht höher zu wertende Berufspflicht erscheint. Dagegen wird die Preisgabe von ärztlichen Geheimnissen zum Zwecke der amtlich angeordneten Begutachtung nach einhelliger Auffassung als unzulässig erachtet <sup>180</sup>.

Mit diesem Problem hatte sich das Berner Obergericht im Jahre 1951 in einer vormundschaftlichen Angelegenheit eingehend zu befassen <sup>181</sup>. Es handelte sich dabei um eine in der Klinik X durchgeführte Expertise, in welcher die Frage nach der Entmündigung einer Frau zur Abklärung stand. Deren Sohn A., welcher sich zu einem früheren Zeitpunkt in der Klinik Y in psychiatrischer Behandlung befunden hatte, spielte dabei eine wesentliche Rolle, weshalb der Experte der Klinik X den Arzt der Klinik Y um Herausgabe der betreffenden Krankengeschichte ersuchte. Diesem Wunsch wurde stattgegeben, worauf A gegen den Psychiater der Klinik Y Anzeige wegen Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses erstattete. Sowohl die untere wie auch die obere Instanz kamen zu einer grundsätzlichen Verurteilung des Arztes <sup>182</sup>, wobei das Obergericht von folgenden Erwägungen ausging: Wohl anerkannte es das berufliche Interesse der Psychiater an der gegenseitigen Uebermittlung von Krankengeschichten, wies aber auf das ebenfalls bestehende Geheimhaltungsinteresse des Patienten hin. "Welches von diesen einander entgegenstehenden Interessen den Ausschlag geben soll, muss sich nach der grundsätzlichen Natur der ärztlichen Berufspflicht entscheiden. Der Arzt hat in allererster Linie dem Kranken, welcher ihn aufsucht, nach besten Kräften zu helfen. Interessen von Drittpersonen oder öffentliche Interessen darf er dabei nur dann berücksichtigen, wenn diejenigen seines Patienten daneben von völlig untergeordneter Bedeutung erscheinen, oder wenn ihm das Gesetz dies ausdrücklich erlaubt oder gebietet ..." <sup>183</sup>

Dieser wichtige Entscheid ist zusammen mit einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1949 <sup>184</sup> wegleitend, insofern als er einer jahrzehntelang zuvor geübten Praxis des gegenseitigen Austausches von Krankengeschichten unter Psychiatern zu amtlichen Begutachtungszwecken Einhalt geboten hatte. Es fragt sich jedoch, ob dieser Gerichtsentscheid gleichermassen auf das Jugendstrafrecht Anwendung findet. Um eine Antwort darauf zu finden, hat man sich vorerst den Zweck der jugendstrafrechtlichen Begutachtung zu gegenwärtigen.

---

180 Entscheid des Obergerichtes Bern (zit. in FN 163), Russek S. 52 ff. (54), indirekt auch Langmack S. 73

181 Sh. FN 163

182 Es erfolgte dann allerdings ein Freispruch wegen Rechtsirrtums.

183 ZBJV 90 (1954) S. 415

184 75 IV 71 ff.

Wie schon mehrmals erwähnt wurde, trägt die jugendstrafrechtliche Begutachtung im Gegensatz zur erwachsenenstrafrechtlichen nicht zur Klärung der Frage bei, ob die Voraussetzungen zur Anordnung einer strafrechtlichen Sanktion überhaupt vorliegen. Das Gutachten dient dem Richter vielmehr als Entscheidungsgrundlage dafür, die geeignete Massnahme zu treffen, um dem Minderjährigen die Nachvollziehung des bei ihm fehlgelaufenen oder gänzlich unterbliebenen Sozialisierungsprozesses zu ermöglichen. Da also im Jugendstrafrecht nach einer den individuellen Bedürfnissen des Minderjährigen entsprechenden Sanktion geforscht wird, fallen die öffentlichen Interessen und diejenigen des jungen Täters - zumindest in objektiver Weise - zusammen. Mit der Begutachtung wird nichts anderes bezweckt, als die Grundlage zur Nacherziehung und Behandlung zu schaffen, was mit der medizinischen Berufspflicht der Heilung und Behandlung weitgehend identisch ist. In diesem Sinne ist es dem früher behandelnden Arzt gestattet, dem Experten Krankengeschichten des Exploranden wie auch der Angehörigen unter Berufung auf die Erfüllung einer Berufspflicht auszuhändigen.

#### 4. Der Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- bzw. Editionsspflicht des Arztes gegenüber einer Behörde

Die Berufsgeheimhaltungspflicht ist insofern relativ, als Art. 321 Ziff. 3 StGB einen ausdrücklichen Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht gegenüber einer Behörde statuiert <sup>185</sup>. Darunter fallen auch Bestimmungen über die Editionsspflicht, d.h. die prozessuale Pflicht zur Herausgabe von Urkunden <sup>186</sup>.

Dass dem Arzt im zürcherischen Strafverfahrensrecht auf Grund von § 130 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht in bezug auf ärztliche Geheimnisse zu-

---

<sup>185</sup> Die erwähnte Bestimmung behält ausserdem allfällige kantonale Aussagepflichten vor, wobei es sich vornehmlich um Anzeigepflichten über bestimmte Krankheiten und auch Verbrechen handelt, welche im Zusammenhang mit dem Problem der Herausgabe von Krankengeschichten und ähnlichen Schriftstücken nicht von Interesse sind.

<sup>186</sup> Vgl. Meier-Hayoz S. 5

steht, wurde bereits an früherer Stelle dargelegt<sup>187</sup>. Die gesetzliche Grundlage für die Herausgabe von Urkunden, wie Krankengeschichten, Gutachten und ähnlichen Schriftstücken<sup>188</sup> ist in § 103 StPO enthalten und lautet folgendermassen!

"Befinden sich Papiere oder andere Gegenstände, die zur Entdeckung der Wahrheit führen können, in den Händen einer bei dem Verbrechen oder Vergehen nicht beteiligten Person, so wird sie vorerst zur Ablieferung dieser Gegenstände aufgefordert. Gehorcht sie dieser Aufforderung nicht und ist mit Grund zu besorgen, dass eine weitere Verzögerung zur Unterdrückung der Wahrheit führen könnte, so soll zu einer Hausdurchsuchung geschritten werden.

Die Beseitigung solcher Papiere oder Gegenstände ist, wenn sie nicht als Begünstigung strafbar ist, mit Ordnungsbussen zu belegen.

Gehört der Inhaber zu den Personen, welche die Ablegung des Zeugnisses verweigern können, so wird er nicht bestraft."

Trotz des unklaren, widersprüchlichen Wortlautes von Abs. 3, welcher auf den ersten Blick nur den Arzt vor Bestrafung zu befreien scheint, der Krankengeschichten vernichtet oder beseitigt, ihn aber nicht grundsätzlich von der Editionsspflicht dispensiert, ist mit Meier-Hayoz<sup>189</sup> ein Editionsverweigerungsrecht des Arztes in bezug auf Krankengeschichten und ähnliche Schriftstücke im Strafverfahren anzunehmen. Denn es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, den Aerzten einerseits ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen und ihnen andererseits eine Editionsspflicht mit Strafsanktionen zu auferlegen. Die Editionsspflicht wäre insofern eine Beeinträchtigung des Zeugnisverweigerungsrechtes, als die gewaltsame Wegnahme von ärztlichen Schriftstücken nichts anderes als ein gegen den Arzt ausgeübter Zwang zur Zeugnisablegung wäre. Vom Zufall, ob eine Tatsache in der Krankengeschichte vermerkt ist, wäre es dann abhängig, ob das Gericht von ihr Kenntnis bekäme oder nicht<sup>190</sup>.

---

187 Sh. vorne S. 65/66

188 Dass es sich bei der Krankengeschichte um eine Urkunde sowohl im strafrechtlichen wie prozessrechtlichen Sinn handelt, wird allgemein anerkannt (Vgl. etwa Meier-Hayoz S. 4/5 und Russek S. 127 in bezug auf die zivilprozessrechtliche Editionsspflicht). Der Urkundencharakter ergibt sich in analoger Weise für das Gutachten und den Bericht.

189 Meier-Hayoz S. 9 in bezug auf Krankengeschichten

190 Meier-Hayoz a.a.O., sh. dazu ferner R. Hauser S. 257/58 und dort zit. Literatur und Judikatur

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auch noch auf die vieldiskutierte Frage einzugehen, ob der Arzt im Falle der Entbindung vom Arztgeheimnis im Strafverfahren zur Zeugnisablegung bzw. Edition von Krankengeschichten und ähnlichen Schriftstücken verpflichtet oder lediglich berechtigt ist<sup>191</sup>.

#### B. Begutachtung eines früheren Patienten

Wird ein Psychiater, welcher den Minderjährigen früher als Patienten behandelt hat, mit dessen Begutachtung beauftragt, so kann der Psychiater in einen Konflikt zwischen der wahrheitsgetreuen Begutachtung einerseits und der Geheimhaltungspflicht andererseits geraten<sup>192</sup>.

Um diese Konfliktsituation zu vermeiden, sehen einzelne Prozessordnungen vor, dass der behandelnde Arzt nicht als Experte gewählt werden kann, was demnach einen besonderen, von Amtes wegen zu beachtenden Unfähigkeits- oder Ausschlussgrund darstellt<sup>193</sup>. Die zürcherische StPO enthält keine entsprechende Bestimmung.

Besteht für den Psychiater im zürcherischen Verfahren eine Begutachtungspflicht<sup>194</sup>, so kann er die Gutachtenserstattung unter folgenden Voraussetzungen verweigern: wenn ihn der frühere Patient von der ärztlichen Schweigepflicht nicht entbindet und er ohne die früheren Informationen nicht imstande ist, ein wahrheitsgetreues Gutachten abzuliefern<sup>195</sup>. Willigt der Patient nicht ein und kann sich der Sachverständige das Wissen unabhängig

---

191 Sh. dazu Meier-Hayoz S. 3 ff., Frey, Aerztliches Zeugnisverweigerungsrecht S. 41 ff.

192 Vgl. R. Hauser S. 212

193 Sh. die einzelnen prozessualen Bestimmungen bei Helfenstein S. 99

194 Wie im Falle der Chef- und Oberärzte der Kantonalen Psychiatrischen Kliniken, Polikliniken und Beobachtungsstationen. Sh. dazu vorne S. 91/92

195 Gl. M. Jessnitzer S. 147

von den vorhandenen Kenntnissen neu erwerben, so besteht allerdings die Gefahr einer unbewussten Beeinflussung. Deshalb sollte jeweils davon abgesehen werden, den früher behandelnden Arzt als Experten beizuziehen<sup>196</sup>.

## § 5 Die Begutachtung

Im folgenden werden die verschiedenen Möglichkeiten der Begutachtung dargestellt. Sodann wird der Begutachtungsvorgang aufgezeigt, um einerseits den Inhalt des Gutachtens zu konkretisieren und andererseits die Beziehungen der an der Begutachtung beteiligten Hauptpersonen besser zu ersehen, was dann wesentlich zur Diskussion der Frage beiträgt, wer dem Exploranden die Gutachtensergebnisse mitteilen soll. Beim Aufzeigen des Begutachtungsvorganges wird schliesslich kurz auf die Frage eingegangen, wie weit sich die körperliche und geistige Untersuchung des Exploranden erstrecken darf.

### I. Arten der Begutachtung

Das Jugendstrafverfahren sieht zwei Möglichkeiten der Begutachtung vor: die ambulante und die stationäre. Die gesetzliche Grundlage für die beiden Begutachtungsarten findet sich in Art. 83 bzw. 90 StGB<sup>197</sup> in Verb. mit § 380 Abs. 1 StPO<sup>198</sup>.

---

196 Diese Gefahr wird auch von Jessnitzer a.a.O. angedeutet. In diesem Sinne auch Helfenstein S. 100, welcher allerdings eine Einwilligung des Patienten nicht in Betracht zieht, sondern die Begutachtung durch einen früher behandelnden Arzt generell ablehnt. Sh. ferner Frey, Aerztliches Zeugnisverweigerungsrecht S. 53 FN 36

197 Die sinngemäss entsprechende kantonalzürcherische jugendstrafrechtliche Bestimmung (§ 377 Abs. 2 StPO) ist nicht weitergehend, weshalb ihr keine selbständige Bedeutung zukommt.

198 Zwar schafft schon Art. 83 bzw. 90 StGB - abgesehen von der ambulanten - auch eine gesetzliche Grundlage für die stationäre Begutachtung (vgl. Boehlen S. 54 und dort zit. Autoren), doch bringt § 380 Abs. 1 StPO insofern eine Präzisierung, als diese Bestimmung festhält, wo die stationäre Begutachtung durchgeführt werden kann.

### A. Die ambulante Begutachtung

In der Regel ist die ambulante Begutachtung vorzunehmen, weil sie eine geringere Einschränkung der Freiheit des Minderjährigen bedeutet, sofern diese Begutachtungsart den gewünschten Erfolg verspricht (Grundsatz der Verhältnismässigkeit)<sup>199 200</sup>. Die ambulant durchgeführte Begutachtung ist insofern weniger einschneidend, als der Minderjährige im angestammten Milieu verbleiben kann.

Für die Begutachtung von Kindern besteht im Kanton Zürich der Kinderpsychiatrische Dienst (KPD), während Jugendliche in einer Poliklinik für Erwachsene untersucht und begutachtet werden. Aeusserst selten werden auch Privatärzte als Experten beigezogen.

### B. Die stationäre Begutachtung

Vielfach vermag die ambulante Begutachtung nicht zu genügen, so dass eine stationäre angeordnet werden muss, nämlich insbesondere

- wenn eine Heimeinweisung zur Diskussion steht<sup>201</sup>,
- wenn die Bereitschaft des Minderjährigen oder seiner Erzieher zur Zusammenarbeit mit dem Experten fehlt<sup>202</sup>,
- wenn ein komplexer Fall vorliegt<sup>203</sup>,
- wenn eine sofortige Herausnahme aus dem momentanen Milieu notwendig ist, z.B. wegen offensichtlich erzieherischen Ungnügens der Betreuer,
- wenn Suizidgefahr oder Gefahr für die Umgebung besteht<sup>204</sup>.

---

199 Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit, sh. auch hinten S. 136

200 Vgl. Dallinger/Lackner N 8 zu § 73 JGG, Boehlen S. 54

201 Bevor eine Heimeinweisung vorgenommen wird, sollte in jedem Fall vorgängig geprüft werden, ob der Minderjährige imstande ist, sich in einer Heimgruppe einigermaßen zu integrieren und zu den Erziehern innerhalb nützlicher Frist eine tragfähige Beziehung aufzubauen. Dies kann am ehesten durch eine in der Beobachtungsstation vorgenommene Verhaltensbeobachtung beurteilt werden (In diesem Sinne Furger S. 417/18).

202 Vgl. Boehlen a.a.O.

Im Kanton Zürich existieren für Kinder neben der kantonalen Beobachtungsstation Brüschalde auch noch kommunale, z.B. die Stadtzürcher Heime Gfellergut und Burghof Dielsdorf. Jugendliche werden z.T. in diesen kommunalen, z.T. in ausserkantonalen Beobachtungsstationen oder - in Ermangelung von Jugendpsychiatrischen Kliniken - bedauerlicherweise in psychiatrischen Kliniken für Erwachsene untergebracht <sup>205</sup>.

Die Begutachtung in der Beobachtungsstation erlaubt zweifelsohne eine differenziertere und ausgedehntere Erfassung des Fehlverhaltens als die ambulante, da verschiedene Fachleute in enger Zusammenarbeit an der Beurteilung der Persönlichkeit des Exploranden mitwirken, wie Psychiater, Psychologe, Gruppenleiter, Lehrer, Sozialarbeiter sowie bei Jugendlichen zusätzlich der Werkmeister <sup>206</sup>. Zudem kann das Verhalten des in der Beobachtungsstation untergebrachten Minderjährigen während einer ca. 3- bis 4-monatigen Dauer in verschiedenen Lebenssituationen <sup>207</sup> konstant beobachtet werden. Testuntersuchungen vermögen eine solche Verhaltensbeobachtung allenfalls ergänzen, niemals aber ersetzen <sup>208</sup>.

## II. Der Begutachtungsvorgang

Das Vorgehen bei der Begutachtung kann nicht schematisch erfolgen, da jeweils verschiedene Umstände berücksichtigt werden müssen, z.B. ob es sich um eine stationäre oder ambulante Begutachtung handelt, ob ein Team oder

---

203 Dem Grundgedanken des Jugendstrafrechtes folgend, ist für die Entscheidung, ob die Begutachtung ambulant oder stationär durchgeführt werden soll, nicht die objektive Schwere der Tat, sondern der Zustand des Minderjährigen massgeblich.

204 Vgl. Tramer, Leitfaden S. 170

205 Sh. vorne S. 41, insbes. FN 174

206 Wohl wirken auch bei der ambulanten Begutachtung verschiedene Fachleute mit, doch ist die Zusammenarbeit in der Regel nicht so intensiv wie bei der stationären.

207 Wie in der Gruppe, Schule, Freizeit und Arbeit

208 Vgl. Furger S. 417

der Psychiater allein an der Untersuchung beteiligt ist <sup>209</sup>. An dieser Stelle sollen deshalb lediglich die einzelnen, praktisch bei jeder Begutachtung vorkommenden Vorgänge aufgezeigt werden.

#### A. Das Aktenstudium

Mit Hilfe des Aktenstudiums gewinnt der Psychiater neben den meist vorangehenden mündlichen Informationen des Auftraggebers den ersten Eindruck über den Anlass der Begutachtung und den Exploranden. In der Regel gehen nämlich der psychiatrischen Begutachtung umfassende Erhebungen des Jugendanwaltes oder des auf der Jugendanwaltschaft tätigen Sozialarbeiters über die persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen voraus. Soweit es für die Begutachtung notwendig ist, ergänzt der Sachverständige diese sog. Anknüpfungstat-sachen <sup>210</sup>.

#### B. Die Aufnahme der Anamnese

Mit der Erhebung der Anamnese (Vorgeschichte) sucht man das Verständnis für die Zusammenhänge zu gewinnen, welche zur aktuellen Situation des Minderjährigen geführt haben. Dabei erstreckt sich die Vorgeschichte auf die Vorfahren und Blutsverwandten (Familienanamnese), die persönliche Entwicklung des Exploranden (persönliche Anamnese) sowie die Umstände, welche zur Begutachtung geführt haben. Bei der Befragung ist generell auf die erblichen Verhältnisse, die Milieufaktoren und die geistige und körperliche Entwicklung des Exploranden einzugehen <sup>211</sup>.

---

209 Vgl. Lutz, Kinderpsychiatrie S. 62

210 Sh. dazu vorne S. 82 ff.

211 Vgl. Lutz, Aufgaben der Psychiatrie S. 40

## 1. Die Familienanamnese

### a) Die Erbfaktoren

Die Familienanamnese soll darüber Aufschluss geben, ob bei Vorfahren und Blutsverwandten Auffälligkeiten aufgetreten sind. Von Bedeutung können kranke, straffällige, trunksüchtige, den Anforderungen des täglichen Lebens nicht gewachsene sowie geisteskranke Verwandte sein<sup>212</sup>. Besonders wichtig ist das Eingehen auf die Vorgeschichte der Eltern, denn diese bilden mit dem Minderjährigen eine enge Lebensgemeinschaft<sup>213</sup> und üben nicht nur als Träger des Erbgutes, sondern auch als Gestalter der Umwelt einen nachhaltigen Einfluss auf den Minderjährigen aus<sup>214</sup>.

Die Ansicht Lombrosos, dass Kriminalität erblich übertragen werde, gilt als überwunden<sup>215</sup>. Hingegen soll die Frage, ob bestimmte Erbanlagen zu kriminellem Verhalten disponieren können, hier offengelassen werden, denn sie hängt mit der schwierigen Frage zusammen, wie weit die Persönlichkeit durch die Erbanlage und wie weit sie durch die Umweltseinflüsse geprägt wird. Es kann jedoch gesagt werden, dass ungünstige Erbanlagen, z.B. der vererbte Schwachsinn, indirekt zu Kriminalität führen können, indem schwachsinnige Kinder eher ungünstigen Umweltseinflüssen erliegen als normalbegabte<sup>216</sup>.

### b) Die Umweltsverhältnisse

Bei der Erfassung der Umweltsverhältnisse sind insbesondere die Familienverhältnisse von Bedeutung, welche sich in innere und äussere einteilen lassen<sup>217</sup>.

---

212 Ähnlich Lutz, Kinderpsychiatrie S. 65

213 Unter der Voraussetzung allerdings, dass sie in gemeinsamem Haushalt leben.

214 Vgl. Corboz, Die Eltern in der forensischen Jugendpsychiatrie S. 383 ff., Lutz a.a.O. S. 66

215 Sh. dazu etwa Corboz a.a.O. S. 384

216 Vgl. Corboz a.a.O. S. 385

217 Die folgende Einteilung wurde von Sameli, Die Persönlichkeitserforschung im Jugendstrafrecht übernommen. In: Pro Juv. 38 (1957) S. 50/51

Nach aussen treten in Erscheinung: soziale und ökonomische Stellung, Beruf, Arbeitsort, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie die Wohnverhältnisse der Eltern. Die inneren Familienverhältnisse vermitteln einen Eindruck über das häusliche Leben und die Beziehung der Eltern zueinander (harmonisches Ehe- und Familienleben, zerrüttete Ehe, Scheidung, Getrenntleben, Wiederverheiratung eines Elternteils, Trunksucht), über das Verhältnis der Eltern zum Angeschuldigten (innere Verbundenheit, Indifferenz, Ablehnung, Stiefverhältnis, aussereheliches Kindesverhältnis), des weitern das Verhältnis des Exploranden zu seinen Geschwistern (Stellung in der Geschwisterreihe, Stief- und Pflegegeschwister).

Die Milieuerfassung erstreckt sich jedoch nicht nur auf die Familie, sondern auch auf andere Gemeinschaften, z.B. die Schule (Verhalten gegenüber Lehrer und Mitschülern). Bei Jugendlichen ist zudem das Lehr- oder Arbeitsverhältnis von grossem Interesse (Einstellung zur Arbeit und zum zukünftigen Beruf, Verhältnis zum Arbeitgeber, Absenzen am Arbeitsplatz, häufiger Stellenwechsel, Verwendung des Lohnes) und die Freizeitgestaltung.

## 2. Die persönliche Anamnese

Die persönliche Anamnese umfasst die Fragen nach durchgemachten Krankheiten oder Unfällen sowie allgemein der körperlichen und geistigen Entwicklung des Exploranden. Sie beinhaltet gleichsam seine Lebensgeschichte <sup>218</sup>. In bezug auf Krankheiten oder Unfälle wird man besonders Geburtstraumen und später Verletzungen oder Krankheiten des Gehirns und des Nervensystems beachten, während bei der körperlichen Entwicklung deren zeitgerechter Ablauf und die Frage nach Missbildungen, Beeinträchtigungen der Sinnesorgane (Blindheit, Taubheit etc.) sowie somatischen Besonderheiten interessieren (Linkshändigkeit, Rothaarigkeit etc.).

Die meist ausführlichen Angaben über die geistige Entwicklung betreffen insbesondere allfällige Geburtstraumen, Auffälligkeiten im Kleinkindesalter

---

<sup>218</sup> Schulte/Tölle S. 22/23

(Bettnässen, pavor nocturnus etc.), Entwicklungsverzögerungen, das Verhalten in Familie und Schule sowie Kontakte zur übrigen Umwelt, Erziehungsschwierigkeiten, später Pubertät und sexuelle Entwicklung sowie Berufswahl und -tätigkeit <sup>219</sup>.

### 3. Das aktuelle Problem

Während in der persönlichen Anamnese alle früheren psychischen und somatischen Begebenheiten dargelegt werden, sollen unter dieser Rubrik der aktuelle Anlass zur Begutachtung und die derzeitigen somatischen und psychischen Umstände besondere Erwähnung finden.

### 4. Die verschiedenen Informationsquellen

Die Anamnese lässt sich aus verschiedenen Quellen zusammentragen. Neben der Befragung des Exploranden selber <sup>220</sup>, begnügt sich der Psychiater meistens mit der Befragung des Auftraggebers (in der Regel des Jugendanwaltes oder des Sozialarbeiters, welcher den Minderjährigen betreut), den Eltern und unter Umständen den Geschwistern des Exploranden. Selten einmal wendet er sich in einer direkten Befragung an Lehrer, Arbeitgeber etc. <sup>221</sup>, da den Akten meistens Berichte von diesen Personen beiliegen <sup>222</sup>. Hingegen holt er in der Regel Krankengeschichten, Berichte und Gutachten von Aerzten ein, die den Minderjährigen früher einmal behandelt haben <sup>223</sup>.

---

219 Sh. bei Spoerri Th., Kompendium der Psychiatrie, 5. A., Basel/New York 1969 S. 147

220 Sh. dazu hinten S. 130/31

221 Dass der psychiatrische Experte zur selbständigen Befragung dieser Personen überhaupt berechtigt ist, wurde bereits vorne S. 82 ff. (88 ff.) dargelegt.

222 Sh. dazu vorne S. 40

223 Sh. vorne S. 112

Bei der Erhebung der Anamnese sind Angaben von Angehörigen, insbesondere der Eltern meistens unentbehrlich. Häufig erfährt der Experte nur von diesen Fakten und Daten aus der frühkindlichen Entwicklung, über Veränderungen im Lebenslängsschnitt, über besondere psychische Auffälligkeiten des Exploranden etc. Manchmal lassen sich auch nur mit ihrer Hilfe Unstimmigkeiten oder Widersprüche innerhalb der vorliegenden und für die psychiatrische Persönlichkeitsbeurteilung relevanten Unterlagen erklären <sup>224</sup>. Die Aufnahme der Anamnese zusammen mit den Eltern bietet dem Psychiater zudem Gelegenheit, das Misstrauen abzubauen, welches diese der Begutachtung oft entgegenbringen, sofern dies nicht schon dem Jugendanwalt gelungen ist <sup>225</sup>.

Allerdings begegnet der Sachverständige bei der im Rahmen einer Begutachtung durchgeführten Exploration oft einer grundlegend anderen Einstellung der Angehörigen als in der üblichen ärztlichen Praxis. Der sonstigen Aufgeschlossenheit im Bestreben, dem Arzt sämtliche wichtigen Informationen zu liefern, stehen mitunter weitgehende Ablehnung und Verschlossenheit der Eltern oder die Fehlerhaftigkeit der Angaben gegenüber. Dies betrifft einmal das Krankheitsgeschehen, welches vielfach bagatellisiert oder übertrieben wird. In vermehrtem Masse stösst der Sachverständige jedoch auf Schwierigkeiten im sozialen Bereich, wo - vor allem bei nach aussen scheinbar geordneten Familienverhältnissen - in der Regel zurückhaltende Aussagen über familiäre Verhältnisse gemacht und Schwierigkeiten vielfach nicht angegeben oder zunächst bestritten werden <sup>226</sup>.

## C. Untersuchungen und Beobachtungen des Psychiaters

### 1. Vorbemerkung

Bekanntlich wird der Experte am häufigsten mit der Abklärung der Frage beauftragt, ob beim straffälligen Minderjährigen eine besondere Erziehungsbe-

---

224 Vgl. Göppinger S. 1489

225 In der Mehrzahl der Fälle vermag jedoch schon der Jugendanwalt bzw. der mit dem Fall betraute Sozialarbeiter die Eltern von der Notwendigkeit der Begutachtung zu überzeugen.

226 Vgl. Göppinger a.a.O., in diesem Sinne auch Züblin S. 10/11

dürftigkeit oder eine Behandlungsbedürftigkeit besteht und welche Massnahmen allenfalls zu ergreifen sind. Um seinen Auftrag ausführen zu können, ist der Sachverständige auf die Untersuchung des Exploranden angewiesen. Diese umfasst in erster Linie die geistige Untersuchung, wird aber in der Regel durch eine körperliche ergänzt, da zwischen psychischen und körperlichen Krankheiten oft eine enge Wechselwirkung besteht. So haben einzelne somatische Krankheiten ihren Ursprung in psychischen Störungen (sog. psychosomatische Krankheiten) <sup>227</sup>. Umgekehrt können nicht selten psychische Veränderungen ein Symptom einer versteckten somatischen Grundkrankheit sein (z.B. psychische Symptome bei Hormonkrankheiten, nach Hirnverletzungen oder -entzündungen, bei Epilepsien) <sup>228</sup>. In der kombinierten körperlichen und geistigen Untersuchung des Exploranden kommt die Verbundenheit von Körper und Psyche zum Ausdruck. Der Gesetzgeber trägt diesem Umstand Rechnung, indem er in Art. 83 und 90 StGB das Einholen von Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Minderjährigen vorsieht.

Im folgenden soll die Untersuchung des Exploranden in der ambulanten Begutachtungssituation geschildert werden. Im Anschluss daran wird die stationäre Untersuchung und Beobachtung behandelt, soweit sie sich von der ambulanten unterscheidet. Schliesslich wird kurz auf die Schranken der ärztlichen Untersuchungsmöglichkeit eingegangen, welche sich aus dem Individualrecht der persönlichen Freiheit ergeben.

## 2. Die Untersuchung des Psychiaters in der ambulanten Begutachtung

### a) Die geistige Untersuchung

Die geistige Untersuchung besteht im allgemeinen im explorierenden Gespräch und in der Vornahme verschiedener psychodiagnostischer Testuntersuchungen.

---

<sup>227</sup> Sh. dazu Lutz, Kinderpsychiatrie S. 360 ff.

<sup>228</sup> Vgl. Lutz a.a.O. S. 219 ff.

### aa) Das explorierende Gespräch

Während der Psychiater als Fernziel des Gespräches eine umfassende Beurteilung des Exploranden und seiner momentanen Schwierigkeiten anstrebt, versucht er als Nahziel vorerst eine vertrauensvolle Beziehung aufzubauen<sup>229</sup>. Dies wird ihm allerdings nicht immer von vorneherein gelingen, insbesondere wenn er einen schwer verwahrlosten Jugendlichen vor sich hat, dessen Grundstimmung von Misstrauen und Ablehnung geprägt ist.

Die Herstellung eines Vertrauensverhältnisses - Grundanliegen des Jugendstrafrechtes in jedem Verfahrensstadium<sup>230</sup> - ist bei der Begutachtung deshalb wichtig, weil der Psychiater auf diese Weise besser zu den für die Beurteilung notwendigen Informationen gelangt. Das Eingehen einer Vertrauensbeziehung darf jedoch nicht zur Aufgabe der Objektivität führen.

Der Experte wird den Exploranden seine Vorgeschichte selber erzählen lassen (Autoanamnese). In einem solchen Gespräch treten oft nebenbei erwähnte, mitunter aufschlussreiche Einzelheiten zutage, welche zum besseren Verständnis der Situation führen. Ferner sieht der Psychiater aus einem solchen Gespräch, welche Haltung der Explorand gegenüber Elternhaus, Schule und Arbeit einnimmt und ferner, wie der Minderjährige die bestehende Situation beurteilt. Ein Eingehen auf die Tat vermittelt dem Psychiater wertvolle Rückschlüsse hinsichtlich der Verarbeitung des Deliktes durch den Exploranden<sup>231</sup>. Dies wird allerdings dann unterlassen, wenn die Erwähnung der strafbaren Handlung voraussichtlich zu einer schweren seelischen Belastung führt<sup>232</sup>.

Neben der Kontaktnahme und dem Erheben der Autoanamnese wird im explorierenden Gespräch der Blick auch auf besondere psychische Eigenschaften ge-

---

229 Vgl. Lutz a.a.O. S. 73

230 Dazu, dass der Psychiater angesichts seiner Stellung als gerichtlich bestellter Experte zum Eingehen eines Vertrauensverhältnisses zum Exploranden überhaupt berechtigt ist, sh. vorne S. 103/04

231 Dass dem Psychiater ein Eingehen auf die Tat gestattet ist, sofern der Minderjährige diese vor dem Jugendanwalt eingestanden hat, wurde be-

richtet, z.B. auf die äussere Erscheinung, die Grundstimmung, den affektiven Kontakt, das psychomotorische Verhalten, das Gedächtnis, die Gedankengänge, die Intelligenz etc.<sup>233</sup>.

#### bb) Die psychodiagnostischen Tests

Mit Hilfe der psychodiagnostischen Tests versucht der Experte zu einer möglichst objektiven Beurteilung der psychischen Entwicklung des Exploranden zu gelangen. Die meisten Autoren sind sich allerdings darin einig, dass deren Aussagekraft beschränkt ist und die Tests immer im Zusammenhang mit den übrigen Untersuchungsergebnissen ausgewertet werden müssen<sup>234</sup>.

Zu diesen Tests gehören die Intelligenztests (Binet-Simon, Biäsch, Wechsler-Bellevue, Hawik etc.), sowie die Persönlichkeitstests (Rorschach, Thematic Apperception, Szenotest, analytische Fabeln etc.)<sup>235</sup>. Sie werden in der Regel vom speziell dazu ausgebildeten Psychologen durchgeführt.

#### b) Die körperliche Untersuchung

Mit der körperlichen Untersuchung sollen somatische Krankheiten des Exploranden erfasst werden, seien es Begleitkrankheiten oder besonders solche, welche mit psychischen Störungen in direktem Zusammenhang stehen. In der einfachen Untersuchung stellt der Arzt mit seinen Sinneswahrnehmungen den Zustand des Körpers fest. Von besonderer Bedeutung ist die Prüfung des Ner-

---

reits vorne erwähnt (S. 89)

232 Dies entspricht der Praxis des Kinderpsychiatrischen Dienstes, wie mir von dessen Leiter, Prof. Corboz, mündlich mitgeteilt wurde.

233 Vgl. dazu Simmons S. 51 ff., Bleuler S. 120

234 Sh. dazu etwa Züblin, welcher schreibt: "Es ist darauf hinzuweisen, dass eine genaue Kenntnis der Anamnese und eine sorgfältige Beobachtung des Kindes sehr oft mehr zum Verständnis der Störungen gibt als die Ergebnisse einer ganzen Test-Batterie." (S. 7) In diesem Sinne auch Lutz, Kinderpsychiatrie S. 78 ff., Schulte/Tölle S. 26/27

235 Näheres zu den einzelnen Tests, sh. bei Lutz, Kinderpsychiatrie, S. 77 ff.

vensystems (neurologische Untersuchung). Der Experte kann sich je nach Befund veranlasst sehen, Zusatzuntersuchungen vorzunehmen. Darunter fallen z.B. das EEG (Elektroencephalogramm, d.h. die Untersuchung der Hirnströme, u.a. zur Erfassung der Epilepsie) und Massnahmen, welche als körperliche Eingriffe zu bezeichnen sind. Darunter versteht man die Entnahme von Körperflüssigkeiten (Blut, Liquor etc.) oder Körpergeweben (Biopsien), die Zuführung von körperfremden Substanzen (Injektionen), das Eindringen in das von der Haut umschlossene Innere des Körpers und überhaupt jede noch so geringfügige Verletzung des Körpers <sup>236</sup>. Zu solchen Eingriffen gehören also Blutentnahmen für Labortests, die Gewinnung der Rückenmarksflüssigkeit (Lumbalpunktion), aber auch einfache Röntgenuntersuchungen und Blutgefässdarstellungen (Angiographien) <sup>237</sup>.

### c) Die Berufsabklärung beim Jugendlichen

Beim Jugendlichen ist der Berufsabklärung grosse Bedeutung beizumessen, denn "eine geeignete Berufswahl vermag ungenutzte und deshalb destruktive seelische Kräfte zu integrieren, die inneren Steuerungsfunktionen zu stärken und Selbstwertprobleme zu lösen" und ist oft wirksamer als irgendwelche psychotherapeutischen Bemühungen <sup>238</sup>. Die Abklärung der Berufsfrage wird in den meisten Fällen vom dafür ausgebildeten Berufsberater durchgeführt.

### 3. Untersuchung und Beobachtung in der stationären Begutachtung

In der Beobachtungsstation wirken neben dem Psychiater Pädagogen (erzieherische Gruppenleiter und Lehrer), Psychologen, Werkmeister und Sozialarbeiter in enger Zusammenarbeit an der Persönlichkeitserforschung des Exploranden mit. Während der Psychiater die mehr psychopathologischen Abklärungen vornimmt, führt der Psychologe die Testuntersuchungen durch. Die Arbeit der Pä-

---

<sup>236</sup> In diesem Sinne Meyer in Löwe/Rosenberg Rdn. 22/23 zu § 81a dStPO

<sup>237</sup> Sh. Näheres dazu bei Meyer a.a.O. Rdn. 33 ff. zu § 81a dStPO

<sup>238</sup> Furger S. 417. In diesem Sinne auch Lutz, der den kriminogenen Faktor der mangelnden Berufsabklärung hervorhebt. In: Aufgaben der Psychiatrie S. 43

dagogik besteht in der systematischen Beobachtung des Exploranden in allen möglichen Lebenssituationen. So beobachtet der Gruppenleiter das Verhalten des Exploranden gegenüber den Gleichaltrigen in der Gruppe, gegenüber Erwachsenen und in der Freizeit. Der Lehrer studiert sein Verhalten in der Schule. Die Einstellung des Jugendlichen zur Arbeit obliegt der Beurteilung des Werkmeisters, welcher auch die Frage der geeigneten Berufswahl abklärt. Der heiminterne Sozialarbeiter befasst sich in der Regel weniger mit dem Exploranden, sondern führt vorwiegend anamnestiche Erhebungen über dessen Umweltsverhältnisse durch. Darüber hinaus beschäftigt er sich im Falle einer offensichtlich bevorstehenden Massnahmeanordnung mit der Frage nach der konkreten Familien- oder Heimplatzierung.

#### 4. Schranken der ärztlichen Untersuchung durch das Individualrecht der persönlichen Freiheit

Aus der primären Aufgabe des Strafverfahrens, der Verwirklichung des materiellen Rechtes, ergibt sich für die Strafrechtsorgane die Notwendigkeit abzuklären, ob eine strafbare Handlung vorliegt und welche Reaktionen diese nach sich ziehen soll. Die Ausführung dieser Aufgabe bringt für den Betroffenen notwendigerweise Freiheitsbeschränkungen mit sich, da der Staat durch seine sich letztlich auf Zwang stützende Tätigkeit <sup>239</sup> in die persönliche Freiheit des Einzelnen eingreift <sup>240</sup>. Dies zeigt sich deutlich bei der im Rahmen der Begutachtung vorzunehmenden körperlichen und geistigen Untersuchung des Exploranden. Da sich eine kürzlich erschienene Dissertation mit dem erwähnten Problem eingehend befasst <sup>241</sup>, soll in der vorliegenden Arbeit lediglich kurz darauf eingegangen werden.

---

239 Die einzelnen Untersuchungshandlungen, wie körperliche und geistige Untersuchung, sind Zwangsmassnahmen, d.h. sie können nötigenfalls auch gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden (Vgl. Futterlieb S. 1)

240 Vgl. M. Meyer S. 55/56

241 R. Futterlieb: Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess. Diss. Zürich 1978

Soweit körperliche Untersuchungen über die blossе Besichtigung hinausgehen, beeinträchtigen sie mehr oder weniger die körperliche Unversehrtheit des Exploranden und stellen daher eine Beschränkung der persönlichen Freiheit dar, welche vom ungeschriebenen Verfassungsrecht als Individualrecht garantiert wird <sup>242</sup>. Auch die im Rahmen der geistigen Untersuchung durchgeführte Exploration sowie die Vornahme psychodiagnostischer Tests stellen in einem gewissen Grad eine Einschränkung der persönlichen Freiheit des Exploranden dar. Denn neben dem überkommenen Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Möglichkeit freier Bewegung umfasst die persönliche Freiheit nach heutiger Rechtsprechung auch die Willens- und Entscheidungsfreiheit <sup>243</sup>. Durch die geistige Untersuchung wird aber auch die Intim- und Geheimsphäre berührt. In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht angedeutet, dass diese Sphäre auf Verfassungsebene unter den Schutz der persönlichen Freiheit fallen könnte, indem die höchstrichterliche Rechtsprechung sämtliche Freiheiten gewährleisten will, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen <sup>244</sup>. Die Ausweitung des verfassungsmässigen Freiheitsschutzes auf diese Sphäre wird auch in der neueren Literatur befürwortet <sup>245</sup>.

Wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung entschieden hat, sind jedoch Beschränkungen der persönlichen Freiheit unter der Voraussetzung zulässig, dass sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Ausserdem dürfen sie nicht so weit gehen, dass dieses Grundrecht völlig unterdrückt oder seines Gehaltes als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleert wird <sup>246</sup>. Bei Missachtung dieser Grundsätze steht dem Betroffenen der Rechtsbehelf der staatsrechtlichen Beschwerde gem. Art. 84 Abs. 1 OG zur Verfügung.

---

242 Grundlegend 89 I 92 E.3. Bestätigung dieser Rechtsprechung in 90 I 34 E.3, 95 I 359 E I/1, 97 I 49 E.3, 98 Ia 423 E.4 und 514 E.4, 100 Ia 193 E.3, 101 Ia 52 E.6, 102 Ia 282 E. 2a, 303 E. 1a, 325 und 381. Sh. ferner R. Hauser, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Strafverfahrens. In: ZStR 90 (1974) S. 225 ff., insbes. S. 229 ff. sowie Helfenstein S. 197 und dort zit. Autoren.

243 BGE 97 I 49 und dort zit. Judikatur

244 BGE 97 I 49 E.3 und 842 E.3, 99 Ia 509 E.3, 101 Ia 346, 102 Ia 282 E.

An die gesetzliche Grundlage stellt das Bundesgericht strenge Anforderungen und zwar umso mehr, je schwerer der Eingriff in die persönliche Freiheit ist <sup>247</sup>. Die gesetzliche Grundlage muss klar und in einem formellen Gesetz vorhanden sein, in welchem die Voraussetzungen sowie der wesentliche Inhalt der freiheitsbeschränkenden Massnahme enthalten sind <sup>248</sup>.

Art. 83 bzw. 90 StGB sehen die Möglichkeit vor, Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand einzuholen <sup>249</sup>. Diese Bestimmungen scheinen lediglich eine körperliche und geistige Untersuchung ohne körperliche Eingriffe <sup>250</sup> vorzusehen <sup>251</sup>, im Gegensatz zu einzelnen kantonalen Bestimmungen <sup>252</sup> sowie § 81a dStPO <sup>253</sup>, welche klar und unmissverständlich eine Grundlage für solche Eingriffe schaffen. Die fehlende gesetzliche Grundlage in be-

---

2a, 303 E.1a und 324 f.

245 Vgl. Futterlieb S. 33 und dort zit. Autoren. Sh. dagegen H. Huber, welcher sich gegen diese Ausweitung der persönlichen Freiheit ausspricht. In: SJZ 69 (1973) S. 115 ff.

246 Vgl. die neueren Entscheide 99 Ia 266/67 E.II, 412 E.4 und 749 E.2, 101 Ia 578 E.3a, 102 Ia 282 E.2a und 303 E.1a

247 BGE 90 I 39 und 110, ferner 99 Ia 412 E.4

248 BGE 99 Ia 269 E.III 5

249 Da § 377 Abs. 2 StPO lediglich eine Wiederholung der bundesrechtlichen Vorschrift von Art. 83 bzw. 90 StGB darstellt, kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu.

250 Zu den körperlichen Eingriffen, sh. vorne S. 132

251 Gl. M. Futterlieb S. 64 ff. (insbes. S. 65 und 69) in bezug auf die ordentlichen kantonalzürcherischen Verfahrensbestimmungen von § 156 Abs. 1 und 157 Abs. 1 StPO, welche die körperliche und geistige Untersuchung des Angeschuldigten vorsehen. Im Rahmen der körperlichen Untersuchung ist der Eingriff der Blutprobe möglich, was jedoch im Gesetz ausdrücklich erwähnt wird (§ 156 Abs. 2 StPO).

252 Sh. dazu Futterlieb S. 65 und 69

253 § 81a Abs. 1 dStPO lautet folgendermassen: "Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und anderen körperlichen Eingriffen, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist."

zug auf körperliche Eingriffe bedeutet nun etwa nicht, dass im Rahmen der Begutachtung keine solchen vorgenommen werden dürfen, sondern lediglich, dass diese nicht gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden können. Allerdings ist nicht jeder körperliche Eingriff zulässig, selbst wenn der Explorand das Einverständnis dazu geben sollte <sup>254</sup>.

Auf dem Gebiete des Strafprozessrechtes verliert das weitere Erfordernis, dasjenige des öffentlichen Interesses, weitgehend an Bedeutung, da die Zwangsmassnahmen (u.a. die Begutachtung) der Verbrechensbekämpfung dienen und somit letztlich stets auch im Interesse der Öffentlichkeit liegen <sup>255</sup>.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedeutet schliesslich, dass zur Erreichung eines bestimmten Zweckes stets dasjenige Mittel zu wählen ist, welches die persönliche Freiheit, wie überhaupt alle Freiheitsrechte, am wenigsten beeinträchtigt. Das Gebot der Verhältnismässigkeit erfordert des weiteren, dass die im Strafprozess vorgenommene Beschränkung der persönlichen Freiheit in einer angemessenen Relation zum vermuteten Untersuchungsergebnis und im weiteren Sinne der zu erwartenden Sanktion stehen muss <sup>256</sup>.

Trotz Vorliegens der drei genannten Voraussetzungen kann eine Beschränkung der persönlichen Freiheit vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus unzulässig sein. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann der Fall, wenn die Einschränkung die persönliche Freiheit völlig unterdrückt oder ihres Gehaltes als fundamentaler Institution unserer Rechtsordnung entleert <sup>257</sup>. Die sog. Wesenshaltsgarantie bildet also die absolute Schranke strafprozessualer Zwangsmassnahmen. Das Interesse an einer lückenlosen Wahrheitsforschung vermag keine vollständige Preisgabe der persönlichen Freiheit

---

254 Sh. unten

255 Vgl. Battaglia S. 31

256 Im Erwachsenenstrafverfahren spielt zudem die Schwere des Tatverdachts sowie der Straftat eine entscheidende Rolle. Vgl. dazu Futterlieb S. 43 und dort zit. Autoren

257 Vgl. etwa BGE 99 Ia 267 E.II, 412 E.4 und 749 E.2, 102 Ia 283 E. 2a und 304 E.1a

zu rechtfertigen. Diese Schranke lässt sich auch nicht durch die Einwilligung des Betroffenen beseitigen. Hier konkretisiert sich der Grundsatz der Unverzichtbarkeit dieses Grundrechtes <sup>258</sup>.

Weder Literatur noch Rechtsprechung haben den absolut zu schützenden Wesenskern genau definiert. Es ist davon auszugehen, dass sich die Verletzung dieses Wesenskerns erst aus der Art und Weise des Eingriffs ergibt <sup>259</sup>, z.B. dürfte in Analogie zu § 81a dStPO <sup>260</sup> ein körperlicher Eingriff, welcher Nachteile für die Gesundheit des Exploranden befürchten lässt, unter diesem Gesichtspunkt unzulässig sein <sup>261</sup>.

#### D. Die Persönlichkeitsbeurteilung und Diagnose

Nach einer exakten Materialsammlung, welche sich aus der Anamnese sowie den eigenen Untersuchungen und Beobachtungen des Psychiaters zusammensetzen, nimmt dieser eine Beurteilung der gesamten Persönlichkeit vor und stellt eine Diagnose. Dabei geht es im allgemeinen mehr um eine zusammenfassende Wertung der wichtigsten Wesenszüge des Exploranden als um die Zuordnung zu einem definierten Krankheitsbild (Einwortdiagnose), wie dies in anderen Gebieten der Medizin geübt wird <sup>262 263</sup>. Damit trägt man den oft vielschichtigen Ursachen der Störungen Rechnung. Denn "nur eine multifaktorielle Art der Erfassung, welche sowohl psychoreaktive (und somit auch soziale) Faktoren als auch die Persönlichkeitsanlage, den aktuellen Entwicklungszustand, allfällige organische Komplikationen und die unmittelbare Konfliktsituation,

---

258 Vgl. Futterlieb S. 45

259 Vgl. Futterlieb S. 44 und dort zit. Autoren

260 Sh. dazu FN 253

261 In diesem Sinne auch M. Meyer S. 230/31

262 Ähnlich Lutz, Kinderpsychiatrie S. 85 und Züblin S. 5

263 Z.B. heisst es in einem Gutachten, dass der Explorand an einer neurotischen Persönlichkeitsentwicklung leide, deren Basis eine frühkindliche affektive Verwahrlosung darstelle, andererseits aber auch Zusammenhänge aufweise mit einer frühkindlichen hirnorganischen Störung im Sinne eines infantilen psychoorganischen Syndroms.

die die Tat ausgelöst hat, angemessen berücksichtigt, wird den Verhältnissen einigermassen gerecht. Jede Simplifizierung, sei es im Sinne einer statischen, bloss katalogisierenden Betrachtungsweise, sei es in Form einer nur psychologisch verstehenden Haltung, führt zu einer einseitigen diagnostischen Erfassung und somit auch zu einem unvollständigen Behandlungsplan".<sup>264</sup>

Angeichts der raschen Entwicklung des jungen Menschen kann vom Experten vielfach keine eindeutige Diagnose erwartet werden. Wie von Psychiatern immer wieder hervorgehoben wird, erweist sich die Diagnostik insbesondere in der Pubertät als schwierig, da diese Phase durch erhöhte Labilität und sprunghafte Stimmungsschwankungen gekennzeichnet ist, so dass nicht immer eindeutig feststeht, ob es sich um eine ernsthafte Störung oder um eine unspezifische Pubertätskrise handelt<sup>265</sup>. In einem solchen Fall weist der Psychiater in der Regel auf die verschiedenen diagnostischen Möglichkeiten hin, damit einerseits im Massnahmenvollzug nichts versäumt wird und andererseits in einem späteren Verfahren dem Umstand eher Rechnung getragen wird, dass die Gutachtensergebnisse lediglich momentane Gültigkeit besitzen<sup>266</sup>.

Ihrer stigmatisierenden Wirkung wegen erweisen sich gewisse Diagnosen als problematisch, auch wenn sie in einem grösseren Zusammenhang erwähnt werden, d.h. nicht als Einwortdiagnose ergehen, so z.B. die Bezeichnung des Exploranden als "psychopathisch"<sup>267</sup>. Unabhängig davon, ob der von Kurt Schneider geprägte Begriff der Psychopathie als einer anlagebedingten Charakterabnormität befürwortet oder negiert wird<sup>268</sup>, wirkt sich diese Theorie deshalb so verhängnisvoll aus, "weil von der Anlagebedingtheit regelmässig

---

264 Corboz, Jugendkriminalität S. 55

265 In bezug auf die Verwahrlosung, sh. Egloff S. 2. In bezug auf die Schizophrenie, sh. Held S. 72. In: Jugendpsychiatrische Studien, Berlin 1966

266 Sh. dazu hinten S. 157

267 Die Ansichten, ob im Kindes- und Jugendlichenalter von Psychopathie überhaupt die Rede sein kann, sind äusserst kontrovers. Vgl. dazu Leferenz S. 390 ff. In: Petrilowitsch (Hrsg.): Psychologie der abnormen Persönlichkeiten, Darmstadt 1968

268 Nach der Psychopathielehre von Kurt Schneider versteht man unter Psy-

auf Unabänderlichkeit geschlossen wird" <sup>269</sup>. Leider klammert sich die gerichtlich-psychiatrische Praxis hartnäckig an die beschriebene Theorie <sup>270</sup>. Bei einem als psychopathisch bezeichneten Minderjährigen besteht somit die Gefahr, dass andere Entstehungsursachen vernachlässigt werden und Nacherziehungsbemühungen zum vorneherein zum Scheitern verurteilt sind; dies sowohl aus der Sicht des Stigmatisierten selber als auch der ihn umgebenden Erzieher <sup>271</sup>. In diesem Zusammenhang soll das in Gesprächen mit verschiedenen Psychiatern deutlich geäußerte Postulat erwähnt werden, eine differenzierte, auf die Würde des Exploranden und der Angehörigen Rücksicht nehmende Darstellung der Persönlichkeit des Exploranden vorzunehmen.

Erschwerend beim Verstehen der Diagnose wirkt sich die Tatsache aus, dass eine einheitliche Terminologie in der Kinder- bzw. Jugendpsychiatrie weitgehend fehlt <sup>272</sup>.

#### E. Die Prognose

In der Kriminologie wird hauptsächlich zwischen zwei Arten der Prognosestellung unterschieden: der klinischen und der statistischen Prognose <sup>273</sup>. Letztere beruht auf der Anwendung von Prognosetabellen, "die aufgrund umfangreicher Kollektivuntersuchungen anhand von Merkmalen und Merkmalsgruppen jeweils Wahrscheinlichkeiten der Weiterentwicklung errechnen und diese auf die Prognose des Einzelnen anwenden." <sup>274</sup> Demgegenüber basiert die klinische

---

chopathen abnorme Persönlichkeiten, die an ihrer Abnormalität leiden oder an deren Abnormalität die Gesellschaft leidet. Psychopathie wäre demnach eine anlagebedingte "abnorme Spielart menschlichen Wesens". (Schneider S. 3. In: Die psychopathischen Persönlichkeiten. 9.A., Wien 1950)

269 Aebersold/Blum S. 19. In: ... der tut es immer wieder. Aarau und Frankfurt am Main o.Jg.

270 Aebersold/Blum a.a.O.

271 Zum Vorgang der Stigmatisierung, sh. Stieger-Gmür S. 83 ff. und dort zit. Autoren

272 In bezug auf die Kinderpsychiatrie, sh. Züblin S. 4, in bezug auf die Jugendpsychiatrie, sh. Furger S. 416/17

273 Vgl. Lusser S. 176 ff.

274 Bresser S. 1297

Prognosemethode auf der Gewinnung von Daten aus Anamnese, Exploration, psychodiagnostischen Tests und Beobachtungen des Experten oder zusammenfassend der Diagnose und der persönlichen Erfahrung des Sachverständigen. Die Voraussage der zukünftigen Entwicklung des Probanden wird also mit Hilfe der Erfassung der Gesamtpersönlichkeit versucht<sup>275</sup>. In der jugendstrafrechtlichen Begutachtung wird dieser Prognosemethode der Vorzug gegeben; auf die Anwendung von Prognosetafeln wird weitgehend verzichtet<sup>276</sup>.

So sehr die Prognosestellung von jugendstrafrechtlicher Seite gefordert und begrüsst wird, so darf doch deren Problematik nicht übersehen werden.

Von verschiedenen Autoren<sup>277</sup> wird die Schwierigkeit hervorgehoben, den weiteren Verlauf der Entwicklung des Minderjährigen vorauszusagen, da verschiedene, im Zeitpunkt der Prognosestellung unbekannte Einflüsse auf den Minderjährigen einwirken können<sup>278</sup>. 'Denn im Reiche des Lebendigen ... gibt es keine sicheren mathematischen Grössen und keine Berechenbarkeit, hier müssen wir immer mit Ueberraschungen der Entwicklung rechnen und uns mit Wahrscheinlichkeiten bei der Voraussage begnügen.'<sup>279</sup> Diese von Villingen geäusserte Bemerkung hat insbesondere für die Prognose in der Pubertät Gültigkeit, da sich diese Lebensphase durch eine erhöhte Sprunghaftigkeit und Labilität auszeichnet<sup>280</sup>.

Im weiteren ist auf die bereits bei der Diagnose erwähnte stigmatisierende Wirkung zu verweisen, in dem Sinne, dass die Voraussage über die künftige Entwicklung eines Exploranden einen massgeblichen Einfluss auf diese ausüben kann und zwar sowohl durch den Stigmatisierten selber als auch die ihn umge-

---

275 Vgl. Lusser S. 176

276 Im wesentlichen deshalb, weil sich die Besonderheiten des Einzelfalles kaum tabellarisch charakterisieren lassen und auf Grund statistischer Aussagen über die Prognose kaum Rückschlüsse vom Kollektiv auf den Verlauf des Einzelfalles gezogen werden können. Näheres sh. bei Leferenz, Kriminalprognose S. 1365/66 und Lusser S. 178 ff.

277 Furger S. 417, Lusser S. 185/86, Lutz, Kinderpsychiatrie S. 96/97

278 Auch wenn sich die Prognose jeweils auf eine konkrete Massnahme bezieht, so lässt sich die Beziehung zu den Gleichaltrigen und Erziehern und die daraus resultierenden Konsequenzen für die Entwicklung des Minderjähri-

benden Betreuer <sup>281</sup>. Aus diesem Grunde hüten sich die Psychiater in der Praxis im allgemeinen, die Prognose allzu apodiktisch vorzubringen. Es werden vielmehr positive und negative Aspekte einander gegenübergestellt <sup>282 283</sup>.

#### F. Vorschläge für das weitere Vorgehen anlässlich der Schlussbesprechung

Nach Beendigung der Untersuchung des Exploranden findet sowohl bei der ambulanten wie auch der stationären Begutachtung unter der Leitung des Psychiaters eine Schlussbesprechung statt, an der sämtliche Personen, die sich mit dem Minderjährigen befasst haben, teilnehmen, so z.B. in der Beobachtungsstation Gruppenleiter, Lehrer, Psychologe, Sozialarbeiter, Werkmeister. In der Regel werden der Jugendanwalt sowie der den Minderjährigen betreuende Sozialarbeiter dazu eingeladen.

Anlässlich dieser Schlussbesprechung werden sämtliche Untersuchungs- und Beobachtungsergebnisse von den zuständigen Fachleuten vorgetragen. Diesen Ausführungen schliesst der Psychiater als Leiter des Teams die gewissermassen gemeinsam erarbeitete Diagnose, Prognose und die konkreten Massnahmenvorschläge <sup>284</sup> an. Hernach werden die Lösungsvorschläge zusammen mit dem Auftraggeber daraufhin überprüft, ob sie den individuellen Bedürfnissen des Minderjährigen optimal Rechnung tragen und sich auch in der Praxis ver-

---

gen niemals voraussagen.

279 Villinger zit. bei Lusser S. 186

280 Vgl. Lutz, Kinderpsychiatrie S. 97

281 Sh. vorne S. 138/39

282 Dies geht aus Gesprächen mit Psychiatern wie auch aus der Lektüre verschiedener pädagogisch-psychiatrischer Gutachten hervor.

283 Allerdings finden sich vereinzelt expressis verbis ungünstige Prognosen. Als anschauliches Beispiel im negativen Sinn sei der Psychiater angeführt, welcher der Explorandin X ein Abgleiten in die Kriminalität, den Drogenkonsum und höchstwahrscheinlich in die Prostitution prognostizierte.

284 Z.B. wird der vorgesehene Heimtypus oder gar ein konkretes Heim genannt

wirklichen lassen<sup>285</sup>. Leider zeigt sich oft, dass eine allgemein befürwortete Lösung nicht durchgeführt werden kann, weil das notwendige Instrumentarium dazu fehlt<sup>286</sup>, z.B. die geeignete Fremdfamilie oder ein bestimmter Heimtypus.

### III. Mitteilung der Gutachtensergebnisse

Die Psychiater und die Jugendanwälte sind sich darin einig, dass der Minderjährige und die Eltern in irgendeiner Form über das Resultat der Begutachtung unterrichtet werden sollten<sup>287</sup>. Die Orientierung entspricht zum einen dem erzieherischen Gebot der Transparenz<sup>288</sup>, zum anderen muss die Vorbereitung auf eine länger dauernde Massnahme, z.B. eine Heimeinweisung, behutsam und in mehreren Gesprächen erfolgen, damit dies von den Betroffenen verarbeitet werden kann. Der Minderjährige wie auch die Eltern müssen also dazu motiviert werden. Dass eine kurze Gerichtsverhandlung nicht der geeignete Anlass dazu ist, versteht sich ohne weiteres. Allerdings darf die Orientierung über die Massnahmenvorschläge nicht allzu apodiktisch erfolgen, wenn der betreffende Fall zur gerichtlichen Beurteilung gelangt<sup>289</sup>. Denn das Gericht ist nicht an die Gutachtensschlussfolgerungen gebunden, sondern überprüft das Gutachten nach freier richterlicher Beweismwürdigung<sup>290</sup>.

Die Mitteilung der Gutachtensergebnisse wird entweder vom Psychiater<sup>291</sup> oder vom Jugendanwalt vorgenommen. Welcher von beiden dazu am ehesten prädestiniert ist, lässt sich nicht generell sagen, sondern es muss jeweils auf

---

285 Diese Ueberprüfung auf den Realitätsgehalt wird zudem in der Regel vor der Schlussbesprechung durch den Sozialarbeiter der Beobachtungsstation vorgenommen, welchem u.a. die wichtige Aufgabe zukommt, mit den verschiedenen Heimen Kontakt zu pflegen, aber auch geeignete Fremdfamilien ausfindig zu machen.

286 Auf die Diskrepanz zwischen der als notwendig und ideal erachteten Massnahme von Seiten des Psychiaters und der praktischen Durchführung dieser Massnahmen weist auch Vossen hin. In: Möglichkeiten und Grenzen S. 23.

287 Dies geht aus Gesprächen hervor.

288 Sh. vorne S. 60

289 In welchen Fällen das Gericht urteilt, sh. vorne S. 52

290 Sh. dazu hinten S. 145 ff.

den Einzelfall abgestellt werden. So hängt es z.B. wesentlich davon ab, ob zwischen dem Informanten und dem Empfänger ein Vertrauensverhältnis besteht. An dieser Stelle können lediglich rein theoretisch die Vor- und Nachteile der Orientierung durch den Psychiater bzw. Jugendanwalt angeführt werden.

Zugunsten des Psychiaters spricht seine neutrale Stellung. Die Anordnung einer Massnahme wird vom Minderjährigen und den Eltern im allgemeinen eher akzeptiert, wenn deren Notwendigkeit von ärztlicher Seite begründet wird. Der Jugendanwalt ist in dieser Hinsicht insofern benachteiligt, als er in eigener Kompetenz urteilt oder Massnahmen vor Gericht beantragt und somit Partei ist <sup>292</sup>. Sodann vermag der Psychiater dem Minderjährigen und den Eltern die bestehende Situation dank seiner speziellen Ausbildung besser zu erklären als der Jugendanwalt.

Auf der anderen Seite spricht ein gewichtiges Argument für die Orientierung durch den Jugendanwalt. Dieser ist bekanntlich mit dem Vollzug der jugendstrafrechtlichen Massnahmen betraut. Während des Massnahmenvollzuges sollte der Jugendanwalt für den Minderjährigen zu derjenigen Bezugsperson werden, die diesem stets in seinem Interesse persönliche Hilfe und Unterstützung gewährt, ohne allerdings generell die Interessen der primären Betreuer, z.B. der Heimleitung, ausser Acht zu lassen. Eine solche Beziehung setzt ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Jugendanwalt und dem jungen Menschen voraus. Dieses Vertrauen wiederum kann nur dann entstehen, wenn der Versorger den Minderjährigen wie auch die Eltern über alle entscheidenden Verfahrensvorgänge in einem persönlichen Gespräch orientiert und zwar schon im Untersuchungsstadium. Da gerade der Ausgang der Begutachtung vielfach einen entscheidenden Wendepunkt im Leben des Minderjährigen darstellt, kommt der Information durch den Jugendanwalt grosse Bedeutung zu.

Nach Abwägung der Vor- und Nachteile vereinbaren Jugendanwalt und Psychiater in der Regel, wer die Mitteilung der Gutachtensergebnisse übernehmen soll.

---

291 Dass der Psychiater dazu überhaupt berechtigt ist, wurde bereits an früherer Stelle dargelegt. Sh. vorne S. 107 ff. (109)

292 Sh. vorne S. 47 ff. (52)

### 3. Teil: DIE VERWERTUNG DES PÄDAGOGISCH-PSYCHIATRISCHEN GUTACHTENS DURCH DEN RICHTER

---

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Vorgang der Verwertung des Gutachtens durch den Richter. Unter diesem Gesichtspunkt wird zunächst geprüft, ob der Richter sämtliche, im Gutachten enthaltenen beweiserheblichen Tatsachen mit den eigenen Erkenntnis- und Beweismitteln auf deren Richtigkeit überprüfen muss. Sodann fragt sich, ob der Richter an die Gutachtensschlussfolgerungen gebunden ist. Schliesslich wird dargelegt, in welchen Fällen sich eine weitere Begutachtung aufdrängt.

#### § 6 Das Gutachten als Grundlage richterlicher Tatsachenfeststellungen

Wie an früherer Stelle erwähnt wurde, handelt es sich bei den Tatsachen, auf welchen der Experte sein Gutachten aufbaut, um die sog. Anknüpfungstatsachen, deren Festlegung grundsätzlich dem Auftraggeber obliegt<sup>1</sup>. Wie weiter ausgeführt wurde, ist der psychiatrische Sachverständige regelmässig auf die Beschaffung zusätzlicher Anknüpfungstatsachen angewiesen, welche in die sog. Befundtatsachen und die Zusatztatsachen unterteilt werden. Die Befundtatsachen können nur vom Experten auf Grund seiner speziellen Sachkunde wahrgenommen werden. Bei den Zusatztatsachen dagegen handelt es sich um Tatsachen, die auch die auftraggebende Behörde mit den ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln feststellen kann<sup>2</sup>. Während der Sachverständige grundsätzlich zur selbständigen Ermittlung sowohl von Befund- wie auch von Zusatztatsachen legitimiert ist<sup>3</sup>, werden diese beiden Tatsachengruppen bei der Verwertung des Gutachtens unterschiedlich behandelt.

---

1 Sh. vorne S. 78/79

2 Sh. vorne S. 83

3 Sh. vorne S. 88 ff.

Nach herrschender Auffassung<sup>4</sup> darf der Richter die Befundtatsachen ohne weitere Beweisaufnahme seiner Urteilsbildung zugrundelegen. Hingegen bildet das Gutachten in bezug auf die Zusatztatsachen keinen Beweis. Diese Tatsachen muss der Richter vielmehr durch die übrigen Beweismittel verifizieren. Im Erwachsenenstrafverfahren werden die vom Sachverständigen befragten Personen als Zeugen einvernommen, oder falls dies nicht möglich ist<sup>5</sup>, wird der Sachverständige selber als Zeuge befragt (sog. Zeuge vom Hörensagen)<sup>6 7</sup>. Während im Jugendstrafverfahren der Sachverständige zu diesem Zweck ebenfalls als Zeuge zu befragen ist, sollte - wie schon mehrfach erwähnt wurde - von einer formellen Zeugeneinvernahme der Angehörigen aus erzieherischen Gründen wie auch aus Gründen der optimalen Informationsbeschaffung grundsätzlich abgesehen werden und an deren Stelle die informellere protokollarische Befragung treten<sup>8</sup>.

#### § 7 Die Würdigung des Gutachtens nach dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung

Wie die anderen Beweismittel, so unterliegt nach herrschender Auffassung<sup>9</sup> auch das Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. Im Gegensatz zu den früher geltenden gesetzlichen Beweistheorien, die den Wert der ein-

---

4 BGHSt 9 S. 292, 18 S. 107, 20 S. 164, 22 S. 268. Vgl. ferner u.a. die Autoren Jessnitzer S. 209 ff., Gollwitzer in Löwe/Rosenberg Rdn. 30/31 zu dStPO 250, Heinitz S. 704/05

5 Z.B. infolge Todesfalls der betreffenden Person

6 Zur Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen, sh. etwa R. Hauser S. 61 und dort zit. Autoren

7 Die Vernehmung der vom Experten befragten Drittperson sowie des Sachverständigen selber als Zeugen ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn die Auskunftsperson von ihrem nach der anwendbaren Verfahrensordnung zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht (BGHSt 18, 109). Dies spielt allerdings im Jugendstrafverfahren eine untergeordnete Rolle, da in diesem Sonderverfahren bekanntlich nur den Amts- und Berufspersonen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Sh. dazu vorne S. 62 ff. (65/66)

8 Sh. dazu vorne S. 64/65

9 Vgl. u.a. Arbab-Zadeh S. 1215, Jessnitzer S. 70, K. Müller S. 350, R. Hauser S. 31

zelnen Beweismittel festlegten, bedeutet die freie Beweiswürdigung eine von Beweisregeln unabhängige richterliche Prüfung und Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens. Dabei stützt sich der Richter sowohl auf die Ergebnisse der Hauptverhandlung und die Untersuchungsakten als auch auf seine persönliche Erfahrung<sup>10</sup>. Dieses Prinzip ist in Art. 249 BStPO bundesrechtlich verankert und gilt für die Kantone verbindlich<sup>11 12</sup>.

Aus dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung resultiert einerseits die richterliche Prüfungspflicht und andererseits die Tatsache, dass der Richter an die gutachtlichen Schlussfolgerungen des Sachverständigen grundsätzlich nicht gebunden ist. Dies drücken v. Liszt/Schmidt sehr treffend aus, wenn sie schreiben: "Das Gutachten bindet ihn (den Richter, V.W.) nicht und deckt ihn nicht."<sup>13</sup>

#### I. Die richterliche Prüfungspflicht

Da der Richter die alleinige Verantwortung für das Urteil trägt, darf dieser die Schlussfolgerungen des Sachverständigen nicht unesehen übernehmen, sondern er muss das Gutachten einer selbständigen eigenverantwortlichen Prüfung unterziehen, um sich von der Richtigkeit der gutachtlichen Feststellungen zu überzeugen<sup>14</sup>.

Als erstes erstreckt sich die Prüfung auf den Inhalt des Gutachtens; d.h. der Richter prüft, ob der Experte von richtigen Tatsachen ausgegangen ist und ob die Schlussfolgerungen stichhaltig sind<sup>15</sup>. Das Gutachten ist beson-

---

<sup>10</sup> Vgl. Rom S. 161/62

<sup>11</sup> Vgl. Germann zit. bei Rom a.a.O.

<sup>12</sup> In der zürcherischen StPO ist es ausdrücklich in § 276 Abs. 2 und 284 festgehalten.

<sup>13</sup> v. Liszt/Schmidt zit. bei Rom S. 162

<sup>14</sup> Vgl. die in FN 9 zit. Autoren

<sup>15</sup> Aus diesem Grunde darf sich der Sachverständige nicht darauf beschränken, dem Gericht das Ergebnis seiner fachkundigen Beurteilung mitzuteilen, sondern er muss dartun, auf welchen Grundlagen es beruht und welche Ueberlegungen er angestellt hat.

ders auf irgendwelche Mängel hin zu kontrollieren, die eine weitere Begutachtung erforderlich machen <sup>16</sup>, denn die abschliessende Beweiswürdigung des jeweiligen Gutachtens kann nur dann erfolgen, wenn feststeht, dass sich die Anordnung einer weiteren Expertise nicht aufdrängt <sup>17</sup>.

Die durch den Richter vorzunehmende "selbständige, eigenverantwortliche Prüfung" <sup>18</sup> stellt - angesichts der Spezialisierung der Wissenschaften - an den Richter sehr hohe Anforderungen in nicht-juristischen Fachgebieten. Wie an anderer Stelle angedeutet wurde, vermag der Richter diese Erwartungen vielfach nicht zu erfüllen, so dass er wegen mangelnder Sachkunde die Gutachtensschlussfolgerungen unbesehen übernimmt. Somit bestimmt der Sachverständige faktisch den Ausgang des Verfahrens <sup>19</sup>. Fehlt dem Richter die Sachkunde zur selbständigen Ueberprüfung des Gutachtensinhaltes, so kann er sich lediglich indirekt auf Grund von bestimmten Umständen von der Richtigkeit des Gutachtens überzeugen lassen <sup>20</sup>. Zu diesen Umständen gehört die Prüfung der Persönlichkeit und der fachlichen Qualifikationen des Sachverständigen. Der Richter muss sich dabei vergewissern, ob der Experte genügend ausgebildet ist und umfassende Sach- und Methodenkenntnisse besitzt, ob er über die Weiterentwicklung des zur Begutachtung stehenden Problems in Wissenschaft und Praxis unterrichtet ist und schliesslich, ob er mit der gebotenen Sorgfalt und Gründlichkeit gearbeitet hat <sup>21</sup>. Unter dem Aspekt der persönlichen Eignung des Gutachters hat der Richter unter anderem ebenfalls zu prüfen, ob und inwieweit eine mögliche Voreingenommenheit des Sachverständigen vorliegt <sup>22</sup>.

---

16 Sh. dazu hinten S. 150 ff.

17 Vgl. K. Müller S. 354, Helfenstein S. 252

18 BGHSt 8, 113 in NJW 1955 S. 1642/43

19 Es würde zu weit führen, auf diese v.a. in Deutschland lebhaft diskutierte Problematik näher einzugehen. Sh. dazu die einzelnen Beiträge bei den vorne S. 73 in FN 15 zit. Autoren

20 Vgl. K. Müller S. 351/52

21 Vgl. Peters, Fehlerquellen II S. 166

22 Vgl. Helfenstein S. 253

Unter die mittelbare Ueberprüfung des Gutachtens fällt auch die Abklärung der Frage, ob die vom Sachverständigen angewendeten Lehrsätze oder Untersuchungsmethoden in den massgeblichen Fachkreisen allgemein anerkannt sind<sup>23</sup>.

## II. Nichtgebundenheit des Richters an das Ergebnis der Expertise innerhalb der Schranken von BV 4

Aus dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung folgt, dass der Richter nicht an die Gutachtensschlussfolgerungen gebunden ist<sup>24</sup>. Wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung entschieden hat, besteht für ihn die Möglichkeit, von den gutachtlichen Schlussfolgerungen abzuweichen, allerdings nicht vorbehaltlos. Der Richter darf zwar von den Ausführungen des Experten abweichen, doch muss er dies im Urteil hinreichend begründen. "Dabei darf er nicht ohne triftige Gründe in Fachfragen seine eigene Meinung anstelle derjenigen des Experten setzen", d.h. er darf nur dann von den gutachtlichen Schlussfolgerungen abweichen, "wenn wirklich gewichtige zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien deren Ueberzeugungskraft ernstlich erschüttern. Andernfalls würde er gegen Art. 4 BV verstossen."<sup>25</sup> Diese richterliche Pflicht zur Begründung einer abweichenden Meinung bedeutet praktisch, dass vom Richter eine dem Experten mindestens ebenbürtige Sachkunde verlangt wird. Da dies - wie bereits angedeutet wurde<sup>26</sup> - in der Praxis kaum je der Fall ist, besteht faktisch eine weitgehende Bindung des Richters an das Gutachten<sup>27</sup>.

In BGE 101 IV 130 wird dem Richter namentlich dann ein Abweichen von den Schlussfolgerungen eines Experten gestattet, "wenn dieser schon in seinem Gutachten sich widersprüchlich äussert oder bei einer nachfolgenden Einvernahme in wichtigen Punkten von der im Gutachten vertretenen Auffassung abweicht." Dasselbe gelte, so wird weiter ausgeführt, wenn ein vom Gericht

---

23 K. Müller S. 352

24 Sh. vorne S. 146

25 BGE 101 IV 129 E.3a, ähnlich 102 IV 226; sh. ferner BGE 55 II 225 E.1, 81 II 263, 87 I 90; sh. ferner Kummer S. 118, ZR 72 Nr. 75

26 Sh. vorne S. 147

eingeholtes Obergutachten zu anderen Schlussfolgerungen gelange. Auch dort, wo ein Gutachten ausdrücklich auf bestimmte Akten oder Zeugeneinvernahmen gestützt werde, deren Beweiswert oder Gehalt vom Richter anders bewertet werde, sei dieser in seinem Entscheid weitgehend frei. Bei näherem Zusehen erweist es sich indessen - wie Helfenstein<sup>28</sup> zu Recht bemerkt -, dass die im Entscheid angeführten Beispiele mehrheitlich nicht geeignet sind, eine eigentliche Erlaubnis des Richters zum Abweichen von den Gutachtensschlussfolgerungen zu begründen. In den Fällen, in welchen der Sachverständige selber bei einer nachfolgenden mündlichen Einvernahme von den schriftlich festgelegten Gutachtensergebnissen abweicht, korrigiert der Sachverständige sein Gutachten ja selber, sodass von einem Abweichen von Seiten des Richters nicht die Rede sein kann. Bei den widersprüchlichen Äusserungen des Experten im Gutachten sowie dem Abstellen des Sachverständigen auf bestimmte Akten oder Zeugenaussagen, deren Beweiskraft oder Gehalt vom Richter anders bewertet wird, handelt es sich um Fälle von Unzulänglichkeit der erstatteten Gutachten, welche eine weitere Begutachtung erforderlich machen<sup>29</sup>.

Wenn das Bundesgericht in BGE 101 IV 129 E.3c vom Richter verlangt, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seiner Expertise vorzuladen, bevor er von dem nicht-erwiesenermassen ungenügenden Gutachten abweicht, so ist dem beizupflichten. Auf diese Weise lassen sich vielfach Missverständnisse klären. Weicht der Experte in der mündlichen Einvernahme nicht von seiner Auffassung ab oder führt das Gericht die Einvernahme aus irgendeinem Grunde nicht durch, so darf der Richter gemäss diesem Entscheid nur dann vom Ergebnis der Expertise abweichen, wenn er einen weiteren Sachverständigen gehört hat.

---

27 -

28 Helfenstein S. 255

29 Zum Erfordernis weiterer Begutachtung, sh. den folgenden § 8

## § 8 Das Erfordernis weiterer Begutachtung

### I. Allgemeines

Ein Gutachten darf nur dann als Urteilsgrundlage herangezogen werden, wenn es dem Richter die für die Entscheidung erforderliche Sachkunde auf ordnungsgemäße Weise vermittelt<sup>30</sup>. Die durch das Gutachten erworbene Sachkunde des Richters ist dann nicht ausreichend, wenn die Expertise in irgendeiner Art in ihrem Beweiswert beeinträchtigt ist. In einem solchen Falle drängt sich eine weitere Begutachtung auf, sei es durch denselben Sachverständigen oder durch einen neuen Experten.

§ 127 StPO sieht eine neue Begutachtung dann vor, wenn ein Gutachten unvollständig, ungenau oder undeutlich ist, wenn die Sachverständigen in ihren Ansichten voneinander abweichen oder wenn sich erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens ergeben. Diese Voraussetzungen zur Anordnung einer weiteren Begutachtung können nicht abschliessend aufgezählt sein, denn ob ein Gutachten dem Richter die zur Urteilsfindung notwendige Sachkunde zu vermitteln vermag, kann zunächst nur er selbst beurteilen. Das Gesetz bemüht sich aber, die Umstände aufzuführen, aus welchen sich die Unzulänglichkeit eines erstellten Gutachtens ergeben kann<sup>31</sup>. Zudem kann der Richter nach dem Ermittlungsgrundsatz jederzeit auf das Beweismittel eines weiteren Experten abstellen<sup>32</sup>.

### II. Gründe für die Unzulänglichkeit des erstatteten Gutachtens

#### 1. Inhaltliches Ungenügen des Gutachtens als Urteilsgrundlage

Letztlich liegt es im Ermessen des Richters zu entscheiden, ob das Gutachten in materieller Hinsicht genügend sei oder ob es Mängel aufweise. Diese Entscheidung fällt er im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung<sup>33</sup>.

---

30 Vgl. K. Müller S. 78/79

31 In diesem Sinne Schmidt Erl. 69 zu § 244 dStPO

32 Sh. vorne S. 76

33 Sh. dazu vorne S. 145 ff.

a) Unvollständiges, ungenaues oder undeutliches Gutachten

Unvollständigkeit kann z.B. dann vorliegen, wenn der Experte nicht alle an ihn gestellten Fragen beantwortet hat. Ausnahmsweise kann allerdings auch ein unvollständiges Gutachten verwertet werden, z.B. wenn sich nachträglich erweist, dass die nicht beantworteten Fragen für die Urteilsfindung nicht relevant sind <sup>34</sup>.

Undeutlichkeit und Unklarheit kann dem Sachverständigen etwa dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn das Gutachten wohl vollständig ist, also insbesondere die Schlussfolgerungen und deren Begründungen sowie die an den Experten gestellten Fragen enthält, hingegen sprachlich so abgefasst ist, dass der Richter die Gedankengänge des Experten nicht versteht.

b) Mangelnde Ueberzeugungskraft des Gutachtens

Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens können sich einmal dann ergeben, wenn eine Begründung der Schlussfolgerungen des Experten fehlt, wenn es dem Richter also nicht möglich ist, die Gedankengänge des Experten nachzuvollziehen <sup>35</sup>. Nicht zu überzeugen vermag das Gutachten ferner dann, wenn der Sachverständige von geheimgehaltenen Unterlagen <sup>36</sup> oder von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen <sup>37</sup> ausgegangen ist. Da das Gutachten unbrauchbar wird, wenn der Sachverständige von unzutreffenden tatsächlichen Annahmen ausgeht, sollte dieser in seiner Expertise die Grundlagen nennen, welche für ihn bestimmend waren.

Sodann ergeben sich Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtensinhaltes, wenn nicht eindeutig hervorgeht, "wo die gesicherten Erkenntnisse aufhören und

---

34 Aehnlich Meyer in Löwe-Rosenberg Rdn. 3 zu § 83 dStPO; in bezug auf den Zeugenbeweis, vgl. BGE 97 I 217

35 Vgl. Helfenstein S. 238

36 SJZ 48 (1952) S. 92 Nr. 26

37 Vgl. Meyer in Löwe-Rosenberg Rdn. 3 zu § 83 dStPO, K. Müller S. 79

die Theorie anfängt ..." <sup>38</sup>. Der Richter kann schliesslich das Gutachten unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Ueberzeugungskraft dann als Grundlage seiner Entscheidung ablehnen, wenn ihn die Sachkunde oder die persönliche Eignung des Experten nicht zu überzeugen vermag <sup>39</sup>.

c) Widersprüche zwischen mehreren Expertisen zum selben Beweisthema

Werden ausnahmsweise mehrere Sachverständige mit der Begutachtung desselben Beweisthemas beauftragt <sup>40</sup> und gelangen sie zu verschiedenen Ergebnissen, so kann sich der Richter zur Ernennung eines weiteren Experten veranlasst sehen. Dieser Beizug ist allerdings nicht zwingend, sofern sich der Richter im Rahmen der Beweiswürdigung von der Richtigkeit der einen Auffassung überzeugt erklärt <sup>41</sup>.

2. Unverwertbarkeit des Gutachtens aus prozessualen Gründen

Auch wenn ein Gutachten in inhaltlicher Hinsicht genügt, kann sich ausnahmsweise die Ernennung eines weiteren Sachverständigen aufdrängen, sofern die Verwertung der erstellten Expertise aus prozessualen Gründen unzulässig ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn beim Sachverständigen ein Unfähigkeitsgrund vorliegt <sup>42</sup> oder wenn der Experte bei seinen Tatsachenfeststellungen von unzulässigen Methoden ausgegangen ist <sup>43</sup>.

---

38 Bremer S. 177/78, sh. ferner Meyer in Löwe-Rosenberg Rdn. 3 zu § 83 dStPO

39 Vgl. K. Müller S. 79

40 Z.B. wenn die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit eines Angeschuldigten zu beurteilen ist, welcher eine schwere Straftat begangen hat.

41 Vgl. Helfenstein S. 239/40

42 Sh. dazu vorne S. 77

43 Z.B. wenn die Freiheit der Willensentscheidung des Exploranden durch Ermüdung, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Hypnose etc. beeinträchtigt wurde. Dabei handelt es sich um die sog. Beweismethodenverbote. Sh. dazu Näheres bei Helfenstein S. 206 ff.

### III. Beizug des gleichen oder eines neuen Experten

Aus § 127 StPO geht nicht hervor, in welchen Fällen der alte Sachverständige das Gutachten verbessern und wann ein neuer Experte beigezogen werden soll. Diese Entscheidung liegt somit im Ermessen des Richters. Diesem Ermessen sind allerdings Schranken gesetzt, weil zwingend dann ein neuer Sachverständiger mit der Begutachtung desselben Beweisthemas beauftragt werden muss, wenn die ungenügende Begutachtung in der Person des früheren Experten liegt <sup>44</sup>. Hingegen steht es dem Richter frei, den früheren Sachverständigen zu beauftragen, wenn es sich lediglich um die Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens handelt oder wenn der Experte früher von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Im Zusammenhang mit einer weiteren Begutachtung desselben Beweisthemas wird in Literatur und Judikatur der in Gesetzen kaum verwendete Begriff des "Obergutachtens" gebraucht, über dessen Bedeutung jedoch keine einheitliche Auffassung besteht <sup>45</sup>. Teils wird darunter die Erstellung eines Gutachtens durch einen Experten verstanden, der widersprüchliche Aussagen zwischen mehreren bereits erstatteten Gutachten aufklären soll <sup>46</sup>. Teils wird als Obergutachten jedes Gutachten bezeichnet, welches sich mit einer früher erstellten Expertise sachlich auseinandersetzt <sup>47</sup>.

Der Begriff "Obergutachten" ist insofern ungeeignet, als er den Eindruck erweckt, dass dieses Gutachten eine Art Schiedsrichterrolle gegenüber dem be-

---

44 Dies ist - wie aus den vorhergehenden Darlegungen ersichtlich ist - namentlich bei mangelnder Sachkunde oder persönlicher Eignung des Sachverständigen der Fall, ferner wenn beim Sachverständigen ein Unfähigkeitsgrund vorliegt oder schliesslich, wenn der Experte unzulässige Methoden angewendet hat.

45 Vgl. Jessnitzer S. 229, K. Müller S. 84, Helfenstein S. 243

46 So z.B. Jessnitzer a.a.O., Alsberg-Nüse S. 257, Bremer S. 178

47 So z.B. BGH VRS S. 423, BGH NJW 1952 S. 1343, OLG Frankfurt RpfI. 1960 S. 313 (zit. bei K. Müller a.a.O.)

reits erstatteten Gutachten einnehme und - etwa bei bereits vorliegenden divergierenden Gutachten - den Meinungsstreit abschliessend entscheide. In Wirklichkeit sind mehrere zum gleichen Beweisthema vorliegende Gutachten im Rahmen der Beweiswürdigung grundsätzlich als gleichrangig anzusehen <sup>48</sup>.

Soweit dies erforderlich ist, hat der Sachverständige, der mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens beauftragt wird, den vorliegenden Prozessstoff und demnach auch ein früher zum gleichen Beweisthema erbrachtes Gutachten zu berücksichtigen. Dementsprechend muss sich der Richter mit der Stellungnahme des zweiten Experten zum früheren Gutachten auseinandersetzen, womit das erste Gutachten in die Beweiswürdigung einbezogen wird <sup>49</sup>. Liegen mehrere widersprüchliche Gutachten vor und holt der Richter, um sich die notwendige Sachkunde zu verschaffen, ein weiteres Gutachten ein, so gilt dasselbe.

Da der Richter bei mehreren sich widersprechenden Gutachten in der Regel einen Sachverständigen mit besonders hoher Fachautorität ernennt, kann diesem zuletzt erhobenen Gutachten in der richterlichen Beweiswürdigung allerdings eine grössere Bedeutung zukommen als die früheren Expertisen. Dies darf jedoch den Richter nicht dazu verleiten, nunmehr lediglich das zuletzt erhobene Gutachten als die allein massgebliche Sachaussage zu verwerten, sondern es sind - wie erwähnt - zunächst alle Gutachten für den Richter gleichrangige Erkenntnisquellen <sup>50</sup>.

---

48 Vgl. K. Müller S. 84

49 K. Müller a.a.O.

50 Vgl. K. Müller S. 84/85

#### 4. Teil: DAS PROBLEM DER UNSACHGEMÄSSEN VERWENDUNG DES "PÄDAGOGISCH- PSYCHIATRISCHEN GUTACHTENS IM JUGENDSTRAFVERFAHREN

---

##### § 9 Problemstellung

Um zu schlüssigen Gutachtensergebnissen zu gelangen, muss der Psychiater je nach Fragestellung und Problematik des Falles tief in die Persönlichkeits-sphäre des Exploranden eindringen und die Gutachtensergebnisse in entsprechendem Umfang darstellen. Da die jugendstrafrechtliche Begutachtung zudem ein intensives Eingehen auf die Erziehungs- und Umweltsverhältnisse erfordert, werden auch die Angehörigen, insbesondere die Eltern, weit mehr mit-einbezogen als im Erwachsenenstrafverfahren.

Auch wenn der Psychiater bei der Formulierung äusserste Zurückhaltung aus-übt und stets auf die Würde der beteiligten Personen Rücksicht nimmt, kann das direkte Wissen um den Gutachtensinhalt dennoch einen ungünstigen Effekt auf die Betroffenen ausüben. Denn die Kenntnis mancher intimer Details würde dem Minderjährigen zu seinem Nachteil gereichen, oder er hat sie verdrängt. Wenn man bedenkt, dass es wohl auch dem psychisch gefestigten Menschen schwerfällt, die psychiatrischen Darlegungen über die eigene Person aus einer kritischen Distanz zu betrachten und somit einer objektiven Würdigung zu unterziehen, so darf man dies umso weniger von einem Jugendlichen mit all seinen Problemen und den vielfach mit Schwierigkeiten konfrontierten Angehörigen erwarten.

Selbst wenn der Minderjährige vorgängig vom Psychiater oder Jugendanwalt über die Folgerungen des Experten orientiert worden ist, kann sich eine direkte Einsichtnahme ins Gutachten negativ auswirken. Einmal kann die psychische Weiterentwicklung des jungen Menschen durch die Kenntnis über den eigenen körperlichen oder geistigen Zustand beeinträchtigt werden. Als Folge davon können erhebliche Schwierigkeiten im Massnahmenvollzug eintreten. Ferner kann durch die Einsichtnahme ins Gutachten die Beziehung des Minderjährigen zu den Eltern erheblich belastet werden, wenn z.B. von mangelnder Erziehungsfähigkeit oder gar einem verwerflichen Verhalten dieser

Erzieher die Rede ist. Auf die Eltern wiederum können solche Erörterungen verletzend wirken, womit eine gute Zusammenarbeit mit den Vollzugsbehörden in Frage gestellt wird.

Die Einsichtnahme ins Gutachten durch die betreffenden Personen, insbesondere den Minderjährigen wird denn auch nach vorwiegender Meinung der von mir befragten, in der Praxis tätigen Psychiater grundsätzlich abgelehnt <sup>1 2</sup>. Diese Haltung verdeutlicht das folgende, ebenfalls von praktisch tätigen Psychiatern abgefasste Merkblatt <sup>3</sup>:

"An unsere Auftraggeber,  
Sie haben uns mit der psychiatrischen Begutachtung Ihres Schützlings betraut, um ihm besser helfen zu können. Mit dem Empfang des hier vorliegenden Gutachtens übernehmen Sie zugleich die Verantwortung dafür, dass er nicht durch unzweckmässige oder unrechtmässige Verwendung dieses Dokumentes zu Schaden kommt.

Unsere Ausführungen beziehen sich auf die heutige Situation, die mit Hilfe der vorgeschlagenen Massnahmen überwunden werden soll; sie werden im Laufe der weitem Entwicklung an Gültigkeit verlieren. Die Mitteilung einer Diagnose kann leicht eine endgültige Aussage vortäuschen und zum Schematisieren verleiten. Wir bemühen uns darum bewusst um ausführliche Darstellung. Wir müssen persönlichste Dinge über den Exploranden weitergeben, aber auch Tatsachen aus der Intimsphäre eines ganzen Personenkreises um ihn herum. Indiskretionen lassen sich nie rückgängig machen. Ihre Folgen sind oftmals nicht vorauszusehen. Sie lassen sich aber vermeiden, wenn folgende Vorsichtsmassnahmen eingehalten werden:

- 
- 1 Von einigen befragten Psychiatern wurde der Vorbehalt gemacht, dass die Lektüre des Gutachtens dann bejaht werden könne, wenn der Psychiater dieses mit dem Exploranden gemeinsam lese und bespreche. Beim betreffenden Minderjährigen müsse es sich allerdings um eine einigermaßen intakte Persönlichkeit handeln, welche zudem über gewisse intellektuelle Fähigkeiten verfügen müsse. Ein anderer Psychiater war der Auffassung, dass das Gutachten stets so abgefasst werden sollte, dass der Jugendliche wie auch die Eltern es grundsätzlich lesen können, indem u.a. das Verhalten der Erzieher wechselwirkend in ursächlichem Zusammenhang, hingegen nicht als Verschulden dargestellt werden sollte.
  - 2 Meines Wissens wurde diese Frage bisher weder in der jugendstrafrechtlichen noch in der jugendpsychiatrischen Literatur erörtert.
  - 3 Verschiedene Leiter von Beobachtungsstationen legen dieses Merkblatt jeweils dem Gutachten zu Händen des Auftraggebers bei.

- Der Explorand und seine Angehörigen dürfen weder das Gutachten selber einsehen noch daraus Stellen vorgelesen bekommen. (Wir versuchen in der Regel den Exploranden und seine Familie über unsere Beurteilung und die Massnahmenvorschläge selber in geeigneter Weise zu informieren).
- Wörtliche Zitate aus Gutachten sind unbedingt zu vermeiden. Sie sind immer aus dem Zusammenhang gerissen und geben Anlass zu tendenziösen Interpretationen.
- Wird ein jugendpsychiatrisches Gutachten in einem späteren Zeitpunkt und in einem anderen Zusammenhang wieder verwendet, so wird es gewöhnlich seinem Zweck entfremdet. Man hat es dann mit einem historischen Ausschnitt aus einer Lebensgeschichte zu tun, der mit dem aktuellen Persönlichkeitsbild nicht mehr übereinstimmt. U.E. ist es zulässig, zum besseren Verständnis der Persönlichkeit auf unser Gutachten zurückzugreifen. Hingegen liegt Missbrauch vor, sobald dieses zum Nachteil des Exploranden verwendet wird, etwa zur Ergänzung seines "Sündenregisters" im Strafprozess.
- Das Gutachten ist so aufzubewahren, dass es unberechtigten Dritten unzugänglich bleibt ..."

Auch die Einsichtnahme durch Drittpersonen in ein solches Gutachten kann sich nachteilig auswirken, denn durch allfällige Vorurteile können die Weiterentwicklung und das Fortkommen des Minderjährigen gefährdet und der gute Ruf der Angehörigen in Mitleidenschaft gezogen werden. Zudem besteht die Gefahr, dass von Dritten eine ungeschickte Orientierung ausgeht oder gar das Gutachten auf Umwegen dem Minderjährigen und den Eltern in die Hände gelangt.

Wie aus Gesprächen mit Psychiatern hervorgegangen ist, sehen sich diese angesichts all dieser möglichen Gefahren in der Regel veranlasst, das Gutachten so zurückhaltend abzufassen, dass es nicht mehr aussagekräftig ist und somit als wichtige verfahrensrechtliche Beurteilungsgrundlage dahinfällt.

Bei der Prüfung der Frage, in welchen Situationen des Verfahrens eine unsachgemässe Verwendung des Gutachtens überhaupt denkbar ist, haben sich folgende Ansatzpunkte ergeben:

- Das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten sowie anderer Amtsstellen und rechtlich interessierter Drittpersonen (§ 10)

- Das Teilnahmerecht des Jugendlichen und des Verteidigers bei Sachverständigeneinvernahmen im Untersuchungsverfahren (§ 11)
- Das Teilnahmerecht der Verfahrensbeteiligten an den anlässlich der Hauptverhandlung vor Gericht gehaltenen Parteivorträgen und der Sachverständigeneinvernahme (§ 12)
- Die Urteilseröffnung (§ 13)  
sowie
- Die Orientierung der Allgemeinheit über das Verfahren durch das Gericht (§ 14).

Im folgenden soll anhand der bestehenden zürcherischen Verfahrensordnung geprüft werden, ob der Minderjährige und die Eltern vor den Folgen einer missbräuchlichen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens geschützt sind und welche Aenderungen sich allenfalls de lege ferenda aufdrängen.

## § 10 Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens infolge des Akteneinsichtsrechtes der Verfahrensbeteiligten sowie anderer Amtsstellen und rechtlich interessierter Drittpersonen

### I. Der zur Akteneinsicht berechnigte Personenkreis

Um zu erkennen, auf welche Art eine unsachgemässe Verwendung des Gutachtens infolge des Akteneinsichtsrechtes möglich ist, ist zu erörtern, welchen Personen das Akteneinsichtsrecht überhaupt zusteht.

### A. Grundsätzliche Geltung des Akteneinsichtsrechtes der Verfahrensbeteiligten im zürcherischen Jugendstrafverfahren

#### 1. Allgemeines

Wie bereits an früherer Stelle dargelegt wurde, geht das zürcherische Jugendstrafverfahrensrecht vom rechtsstaatlichen Grundsatz des Akteneinsichtsrechtes aus (was e contrario aus § 369 Abs. 1 StPO hervorgeht), und da den Par-

teilen und ihren Vertretern das gesamte Aktenmaterial mit allen Belastungs- und Entlastungsbeweisen zur Einsichtnahme offenstehen muss, kann auch das pädagogisch-psychiatrische Gutachten von diesen Personen eingesehen werden<sup>4</sup>.

## 2. Die Verfahrensbeteiligten

Als Verfahrensbeteiligte (Prozesssubjekte) können allgemein diejenigen Personen bezeichnet werden, "denen eine Verfahrensrolle zukommt, welche ihnen selbständige Verfahrensrechte und -pflichten zuteilt, und zwar in dem Sinne, dass sie kraft eigener Entschliessung den Gang des Verfahrens massgeblich mitbestimmen können"<sup>5</sup>. Gemäss dieser Definition gelten im zürcherischen Jugendstrafverfahren als Verfahrensbeteiligte - was ohne weiteres erhellt - das Gericht und der Jugendanwalt, ferner der Angeschuldigte, der Verteidiger, der gesetzliche Vertreter sowie der Geschädigte<sup>6</sup>, nicht dagegen der Zeuge und der Sachverständige, da diese Personen keine selbständigen Rechte zur Verfahrensgestaltung besitzen, sondern lediglich zur Förderung des Verfahrenszweckes in einer begrenzten Funktion herangezogen werden<sup>7</sup>.

Der minderjährige Angeschuldigte ist ebenfalls als Verfahrensbeteiligter zu qualifizieren. Ihm kann jedoch die Fähigkeit, seine prozessualen Rechte selbständig auszuüben sowie seinen Pflichten im Strafverfahren nachzukommen, wegen Verhandlungsunfähigkeit fehlen<sup>8</sup>. Die Verhandlungsfähigkeit ist die "Fähigkeit, im Hinblick auf ausreichende körperliche und geistige Fähigkei-

---

<sup>4</sup> Sh. vorne S. 45

<sup>5</sup> Henkel S. 116

<sup>6</sup> Die Bezeichnung als Verfahrensbeteiligte ergibt sich mindestens aus dem in § 373 Ziff. 2, 3 und 5 StPO statuierten Recht der drei Personen, selbständig Rechtsmittel zu ergreifen und auch daraus, dass in Ziff. 6 der erwähnten Bestimmung von den "übrigen Beteiligten" die Rede ist.

<sup>7</sup> Vgl. Henkel S. 117, Peters, Strafprozess S. 89

<sup>8</sup> Vgl. Nay S. 119

ten prozessual selbstverantwortliche Erklärungen abzugeben und Prozesshandlungen vorzunehmen, die prozessualen Vorgänge zu verstehen, insbesondere der Verhandlung vor dem Gericht zu folgen".<sup>9</sup> Soweit der Minderjährige wegen fehlender Verhandlungsfähigkeit seine Rechtsstellung als Prozesssubjekt einbüsst, nimmt der gesetzliche Vertreter an seiner Stelle dessen Rechte wahr.

Während gem. § 373 Ziff. 1 StPO der urteilsfähige Jugendliche zum Ergreifen von Rechtsmitteln legitimiert ist, steht dieses Recht dem Kind und dem urteilsunfähigen Jugendlichen - wie e contrario aus der erwähnten Bestimmung hervorgeht - regelmässig nicht zu. Da das Akteneinsichtsrecht eine wesentliche Grundlage zur Selbstverteidigung des Angeschuldigten bildet, welche teilweise im Ergreifen von Rechtsmitteln Ausdruck findet, muss das Akteneinsichtsrecht von demjenigen ausgeübt werden können, welcher zum Einlegen von Rechtsmitteln berechtigt ist, also vom urteilsfähigen Jugendlichen. Wenn schon der Gesetzgeber das Ergreifen von Rechtsmitteln vom Vorhandensein der Urteilsfähigkeit abhängig gemacht hat, dann sollte dies in analoger Weise auch beim Akteneinsichtsrecht gelten, da dieses - wie erwähnt - im wesentlichen die Grundlage zur Selbstverteidigung des Angeschuldigten bildet.

Im zürcherischen Jugendstrafverfahren sind demnach folgende Personen akteneinsichtsberechtigt: neben den gerichtlichen Behörden<sup>10</sup> sind dies der urteilsfähige Jugendliche, der gesetzliche Vertreter<sup>11</sup>, der Verteidiger und der Geschädigte<sup>12</sup>.

#### B. Das durch andere Amtsstellen und rechtlich interessierte Dritte ausgeübte Akteneinsichtsrecht

Das Akteneinsichtsrecht beschränkt sich jedoch nicht auf die am Verfahren Beteiligten, sondern es steht sowohl anderen Amtsstellen wie auch rechtlich interessierten Dritten zu.

---

9 Schmidt, Deutsches Strafprozessrecht, Rdn. 71 S. 46

10 Neben dem Gericht und Jugendanwalt ist ausserdem der auf der Jugendanwaltschaft tätige Sozialarbeiter akteneinsichtsberechtigt, sofern er sich mit dem betreffenden Minderjährigen befasst.

11 Der gesetzliche Vertreter übt stellvertretend die Rechte des nicht-ak-

## 1. Die Ausübung des Akteneinsichtsrechtes durch andere Amtsstellen

Gemäss zürcherischer Praxis werden die Akten von Gericht zu Gericht und von Verwaltungsbehörde zu Gericht inner- und interkantonale grundsätzlich immer dann herausgegeben, wenn von der ersuchenden Behörde ein schutzwürdiges rechtliches Interesse nachgewiesen wird, das mit deren Amtsfunktion in Zusammenhang steht<sup>13</sup>. Während nach ständiger Praxis des Zürcher Obergerichtes Akten erledigter Prozesse der ersuchenden Behörde ohne weiteres zur Einsichtnahme übergeben werden, sofern ein rechtliches Interesse geltend gemacht werden kann<sup>14</sup>, wird bei der Herausgabe der Akten eines hängigen Verfahrens im allgemeinen eine nähere Prüfung vorgenommen<sup>15</sup>.

Werden jugendstrafrechtliche Akten von einem anderen Gericht in einem hängigen Verfahren verlangt, so kann das Gutachten aus den Akten entfernt werden, sofern die ersuchende Behörde nicht gerade ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme ins pädagogisch-psychiatrische Gutachten geltend macht. Da die ersuchende Behörde gem. Art. 320 Ziff. 1 StGB dem Amtsgeheimnis untersteht, ist die Gefahr der Aushändigung des Gutachtens an unberechtigte, ausserhalb des Verfahrens stehende Dritte weitgehend eingedämmt. Es fragt sich allerdings, ob nicht eine missbräuchliche Verwendung des Gutachtens durch die Verfahrensbeteiligten zu befürchten ist, insofern, als diesen sowohl im Zivil-<sup>16</sup> als auch im Strafverfahren ein Akteneinsichtsrecht eingeräumt wird. Im Hinblick auf den Zivilprozess erübrigen sich diese Bedenken, da gem. § 145 der zürcherischen ZPO die Möglichkeit besteht, das Gutachten zwecks Wahrung der Privatsphäre eines Dritten aus den Akten zu entfernen<sup>17</sup>.

---

teneinsichtsberechtigten Kindes und urteilsunfähigen Jugendlichen aus. Darüber hinaus ist er aber auch neben dem urteilsfähigen Jugendlichen berechtigt, Einsicht in die Akten zu nehmen, was u.a. daraus hervorgeht, dass er selbständig Rechtsmittel ergreifen kann (sh. FN 6).

12 Im ordentlichen Verfahren wird - neben den gerichtlichen Behörden - dem Angeschuldigten, dem Verteidiger und dem Geschädigten ein Akteneinsichtsrecht eingeräumt. Vgl. Hauser/Hauser, Kommentar GVG S. 608

13 Hauser/Hauser, a.a.O. S. 613

14 ZR 50 Nr. 91 S. 178, vgl. ferner Kehl S. 106

15 Hauser/Hauser, a.a.O. S. 613/14

16 Hauser/Hauser, a.a.O. S. 608

17 Vgl. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 145 ZPO S. 244

Hingegen fehlt im zürcherischen Erwachsenenstrafverfahren eine entsprechende Bestimmung, so dass von daher eine unsachgemässe Verwendung des Gutachtens durch die akteneinsichtsberechtigten Verfahrensbeteiligten in Frage kommen könnte. Da jedoch kaum ein aus einem hängigen Verfahren eingeholtes jugendstrafrechtliches Gutachten in einem Erwachsenenstrafverfahren verwendet wird, ist dies von geringer praktischer Relevanz.

Anders verhält es sich dagegen bei den auf dem Jugendgericht archivierten jugendstrafrechtlichen Akten. Da diese Akten der ersuchenden Behörde in der Regel gesamthaft übergeben werden, besteht die Gefahr der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens, wobei insbesondere an folgenden Fall zu denken ist: Wird der Minderjährige einige Jahre später als junger Erwachsener vor ein Erwachsenengericht gestellt, so steht ihm das Akteneinsichtsrecht - allerdings erst von seinem 20. Altersjahr an - uneingeschränkt zu<sup>18</sup>, und er hat mithin auch Einblick ins Gutachten. Wenn schon einige Psychiater die Kenntnis des erwachsenenstrafrechtlichen Gutachtens durch Erwachsene vielfach als nicht unproblematisch erachten, so muss umso mehr die Einsichtnahme ins ausführlichere, mehr persönlichkeitsbezogene jugendstrafrechtliche Gutachten durch den in seiner Persönlichkeit noch kaum gefestigten jungen Erwachsenen grundsätzlich in Zweifel gezogen werden. Ebenso problematisch ist die Tatsache, dass nicht nur die anderen Verfahrensbeteiligten via Akteneinsichtsrecht, sondern auch die Allgemeinheit angesichts der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung Kenntnis von einem solchen Gutachten erhält.

## 2. Die Ausübung des Akteneinsichtsrechtes durch rechtlich interessierte Dritte

Im Gegensatz zu anderen Strafprozessordnungen<sup>19</sup> enthält die zürcherische StPO keine Regelung über die Akteneinsicht durch am Strafverfahren interessierte Dritte. Hingegen bestimmt § 172 Abs. 1 GVG, dass Drittpersonen in der Regel nicht berechtigt sind, in Gerichts- und Untersuchungsakten Ein-

---

18 Die in § 369 Abs. 1 StPO vorgesehene unter II. zu behandelnde Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes bezieht sich auch auf den 18 - 20-jährigen jungen Erwachsenen. Sh. dazu hinten S. 165

19 Sh. dazu Huber S. 109

sicht zu nehmen. Abs. 2 der genannten Bestimmung behält jedoch dem Obergericht vor, durch Verordnung festzulegen "inwieweit Gerichtsberichterstattem und ausnahmsweise anderen Drittpersonen Einsicht in die Gerichtsakten gestattet werden kann." <sup>20</sup> Die entsprechende VO wurde am 5.12.1941 erlassen <sup>21</sup>.

Da das Jugendstrafverfahren nicht öffentlich ist und auch die Presse keinen Zugang zu den Verhandlungen hat <sup>22</sup>, wird damit ein allfälliges Akteneinsichtsrecht durch Gerichtsberichterstatte ohne weiteres hinfällig. Hingegen fragt sich, wie es sich mit dem Akteneinsichtsrecht von anderen Drittpersonen verhält.

§ 8 Abs. 1 der VO gewährt mit Hinweis auf § 231 EGZGB Privatpersonen ein Akteneinsichtsrecht, sofern ein rechtliches Interesse daran bescheinigt wird <sup>23</sup>, d.h. wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Aktenkenntnis "der Erhaltung, Verteidigung oder Förderung schutzwürdiger Interessen" dient <sup>24</sup>. Der Umfang des Akteneinsichtsrechtes richtet sich dabei jeweils nach der Geltendmachung eines solchermassen ausgewiesenen Interesses.

Es versteht sich ohne weiteres, dass im Hinblick auf den zentralen Schutzgedanken des Jugendstrafrechtes sehr strenge Massstäbe an die Berechtigung zur Akteneinsicht von Drittpersonen gestellt werden müssen. Durchaus denk-

---

20 Diesen Vorbehalt sah bereits der gleichlautende, vor der GVG-Revision von 1976 geltende § 186a vor, welcher anlässlich der GVG-Revision von 1941 neu ins Gesetz aufgenommen worden ist.

21 VO über die Akteneinsicht durch Gerichtsberichterstatte und andere Dritte v. 5. Dezember 1941, ZG 6 S. 184

22 Sh. vorne S. 57/58

23 Da die obergerichtliche VO ausdrücklich auf § 231 EGZGB, welcher Privatpersonen u.a. Einsicht in gerichtliche Akten (sowohl Zivil- wie auch Strafakten) gewährt, sofern sie ein rechtliches Interesse daran bescheinigen, Bezug nimmt, und keine neue, gar abweichende Vorschrift aufstellt, ist letztlich diese Bestimmung für die Akteneinsicht rechtlich interessierter Drittpersonen im Zivil- und Strafprozess massgeblich. Sh. Näheres dazu bei Knecht S. 196/97

24 Hauser/Hauser, Kommentar GVG S. 612/13. Ein bloss tatsächliches oder wirtschaftliches Interesse genügt nicht (Hauser/Hauser a.a.O.).

bar ist, dass öffentlich oder privat bestellte Sozialarbeiter zur besseren Betreuung ihres Schützlings auf gewisse Aktenkenntnisse angewiesen sind, so namentlich auf persönlichkeitsbezogene Angaben über den Minderjährigen und sein Milieu. Dabei ist jedoch die Herausgabe des Gutachtens im allgemeinen nicht notwendig, da daraus angefertigte Auszüge oder Kurzberichte in der Regel zum Verständnis der Problematik des Falles genügen. Ebenso akteneinsichtsberechtigt sind grundsätzlich Versicherungen<sup>25</sup>. Da sich ihr rechtliches Interesse jedoch kaum über den zivilrechtlichen Aspekt hinausbewegen dürfte, besteht auch von dieser Seite her keine Gefahr der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens.

Gem. § 8 Abs. 2 der erwähnten VO wird Dritten ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses Einsicht in die Akten gewährt, wenn die Parteien zustimmen oder wenn die Einsicht durch ein wissenschaftliches Interesse gerechtfertigt ist und nach Ansicht des Gerichtspräsidenten keine berechtigten Interessen verletzt werden. Danach können z.B. psychiatrische Experten aus wissenschaftlichem Interesse um Einsicht in Urteile derjenigen Prozesse ersuchen, in welchen sie als Experten geamtet haben<sup>26</sup>.

## II. Möglichkeit der Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes zum Schutze des Minderjährigen und der Angehörigen

### A. Vorbemerkung

Gem. § 369 Abs. 1 StPO darf der Anspruch eines Beteiligten auf Akteneinsicht durch geeignete Massnahmen eingeschränkt werden, jedoch nur soweit, als es überwiegende schutzwürdige Interessen des Minderjährigen oder seiner Angehörigen erfordern. Solche Anordnungen sind in den Akten zu vermerken und zu begründen.

---

<sup>25</sup> Sh. Näheres dazu bei Knecht S. 194 ff.

<sup>26</sup> Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. Januar 1944, zit. bei Hauser/Hauser a.a.O.

Im beleuchtenden Bericht des Regierungsrates zur Volksabstimmung über die StPO-Revision vom 17. Juni 1974 wird festgehalten, dass in Form der §§ 369 - 73 StPO allgemein gültige Schutzbestimmungen für Minderjährige geschaffen werden, die in irgend einer Weise an einem Strafverfahren beteiligt sind. Mit diesen Bestimmungen solle verhindert werden, dass junge Prozessbeteiligte durch vermeidbare Belastungen und Indiskretionen während des Verfahrens in ihrer Entwicklung Schaden nehmen können <sup>27 28</sup>.

Nach zürcherischem Prozessrecht fallen unter die Kategorie der Minderjährigen nicht nur die Kinder und Jugendlichen im Sinne des StGB, sondern auch die 18 - 20-jährigen Täter, auf die zwar grundsätzlich die erwachsenen-strafrechtlichen Verfahrensbestimmungen Anwendung finden. Da sie jedoch noch unter elterlicher Gewalt stehen, kommen sie im Gegensatz zu den volljährigen jungen Erwachsenen <sup>29</sup> in den Genuss der erwähnten Schutzbestimmungen. Diese beinhalten die Vertretung des Unmündigen im Prozess, zur Hauptsache aber Gebote, welche eine besondere Rücksichtnahme auf die noch nicht voll entwickelte Persönlichkeit des Betroffenen verlangen <sup>30</sup>.

In der Weisung des Regierungsrates wird zu § 52 EGStGB, welcher die Grundlage zum heute geltenden, praktisch gleichlautenden § 369 Abs. 1 StPO bildet, vermerkt, dass er einen in § 146 ZPO der Vorlage für die Revision des Zivilprozesses entwickelten Gedanken übernehme <sup>31</sup>. Durch die Verbreitung von Privatangelegenheiten des jungen Angeschuldigten durch andere Beteiligte

---

27 Amtsblatt 1974 S. 745

28 Dass auch auf die Angehörigen Rücksicht zu nehmen ist, wird in diesem Bericht nicht erwähnt, obwohl dies, wie im folgenden ersichtlich ist, in § 369 Abs. 1 StPO deutlich zum Ausdruck kommt.

29 Durch die StGB-Revision von 1971 wurde die Personenkategorie der jungen Erwachsenen eingeführt, welche die 18 - 25-jährigen Täter umfasst.

30 Weisung des RR zum Antrag v. 29. März 1972. In: Amtsblatt 1972 S. 672

31 Die zitierte Bestimmung sieht vor, dass bei Beweisaufnahmen auf die Privatsphäre Rücksicht zu nehmen sei. Der seit der ZPO-Revision von 1976 massgebliche § 145 lautet ähnlich, indem er folgenden Wortlaut aufweist: "Werden durch die Beweisaufnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter gefährdet, ordnet das Gericht das zu ihrem Schutz geeignete an."

am Verfahren könne die Entwicklung des ersteren schwer gefährdet werden. Mit Rücksicht auf das überwiegende Interesse des Minderjährigen müsse allenfalls hingenommen werden, dass das Strafverfahren wegen solcher Schutzmassnahmen sein Ziel nicht voll erreichen könne <sup>32</sup>.

Zur Begründung von § 369 Abs. 1 StPO diene aber auch § 9 Abs. 1 VRG <sup>33</sup> als Vorlage, welcher folgendermassen lautet:

"Die Einsicht in ein Aktenstück ... kann zur Wahrung ... schutzwürdiger privater Interessen ... verweigert werden. Die Verweigerung ist in den Akten zu vermerken und zu begründen."

Zur Auslegung von § 369 Abs. 1 StPO werden deshalb sowohl die erwähnte zivilprozessuale wie auch die verwaltungsrechtliche Bestimmung herangezogen.

#### B. Das Kriterium des überwiegenden schutzwürdigen Interesses

Bei der Frage, ob den zur Akteneinsicht berechtigten Personen die Einsichtnahme ins Gutachten verweigert werden kann, muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob diese Massnahme durch ein überwiegendes schutzwürdiges (privates) Interesse des Minderjährigen oder seiner Angehörigen geboten ist. An dieser Stelle soll lediglich untersucht werden, ob sich die Vorenthaltung des Gutachtens gegenüber den zur Einsicht berechtigten Personen generell überhaupt rechtfertigen lässt. Man hat sich dabei zu vergegenwärtigen, dass sich zwei Interessen gegenüberstehen: auf der einen Seite das rechtsstaatlich begründete Interesse der dazu berechtigten Personen am rechtlichen Gehör sowie das letztlich im Strafverfahren erstrebte Ziel nach der Ermittlung der materiellen Wahrheit und auf der anderen Seite der Schutz des Minderjährigen und auch der Angehörigen vor nachteiligen Einflüssen des Verfahrens im Sinne von Belastungen und Indiskretionen.

---

<sup>32</sup> Antrag RR, 690

<sup>33</sup> Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) v. 24. Mai 1959, ZG 1, 253

Als schutzwürdige private Interessen kommen nach einhelliger Auffassung u.a. die Wahrung der privaten Geheimsphäre anderer Personen <sup>34</sup> und die Rücksichtnahme auf die Gesundheit einer Partei <sup>35</sup> in Betracht, insofern als die Kenntnis vom Inhalt eines medizinischen Gutachtens für den Betroffenen einen schwerwiegenden Nachteil bedeuten kann. Im Zusammenhang mit der Wahrung der gesundheitlichen bzw. psychischen Integrität einer Partei muss betont werden, dass die Gesundheit einer Person nicht nur durch deren direkte Einsichtnahme ins Gutachten beeinträchtigt werden kann, sondern ebenso durch Informationen, welche von Drittpersonen ausgehen.

Während das erstgenannte Interesse den Schutz der Geheimsphäre des Minderjährigen und der Angehörigen vor unrechtmässigen Einwirkungen von Drittpersonen fordert, bezieht sich das letztere auf den Schutz der erwähnten Personen vor nachteiligen gesundheitlichen Folgen. Dieser Schutz muss jedoch im Jugendstrafverfahren im Hinblick auf den Minderjährigen insofern erweitert werden, als nicht nur auf dessen Gesundheit bzw. ungestörte psychische Weiterentwicklung Rücksicht genommen werden muss, sondern ebenso das Auftreten von erzieherischen Nachteilen vermieden werden soll <sup>36</sup>. Solche Nachteile ergeben sich namentlich, wenn der junge Angeschuldigte mit Erörterungen über die mangelnde Erziehungsfähigkeit der Eltern oder die unglücklichen häuslichen Verhältnisse konfrontiert wird, so dass die Eltern vor dem Minderjährigen blossgestellt oder ihm entfremdet werden <sup>37</sup>.

---

34 Vgl. Tinner S. 384 mit weiteren Hinweisen; für das Verwaltungsverfahren Imboden/Rhinow I Nr. 83 B II S. 520, Kölnz N 9 zu § 9 Abs. 1 VRG; für das zivilprozessuale Verfahren vgl. Sträuli/Messmer N 3 zu § 145 ZPO S. 244, sh. ferner BGE 80 I 5

35 Vgl. Tinner, Imboden/Rhinow, Kölnz, Sträuli/Messmer jeweils a.a.O., sh. ferner BGE 92 I 263, 95 I 446, ferner ZR 1970 Nr. 128 A S. 348. Einzelne Kantone sehen die Möglichkeit der Vorenthaltung von Gutachten in diesem Sinne vor. Sh. Näheres bei Helfenstein S. 229

36 Vgl. § 51 Abs. 1 JGG in bezug auf den Ausschluss des Jugendlichen von der Hauptverhandlung. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Angeklagte für die Dauer solcher Erörterungen von der Verhandlung ausgeschlossen werden soll, aus denen Nachteile für die Erziehung entstehen können.

37 Ähnlich Dallinger/Lackner N 7 und 8 zu § 51 JGG S. 434

Im Gegensatz zu § 145 ZPO und § 9 Abs. 1 VRG spricht § 369 Abs. 1 StPO von einem "überwiegenden" schutzwürdigen Interesse. Damit wollte der Gesetzgeber wohl verdeutlichen, dass eine Abwägung zwischen dem zu schützenden Interesse einerseits und dem Bedürfnis nach Offenbarung andererseits deutlich zugunsten des ersteren ausfallen muss und dass sich ein derartiger Eingriff aus rechtsstaatlichen Gründen auf das absolut Notwendige zu beschränken hat. Um Missbräuche zu verhindern, muss die Verweigerung - in Analogie zu § 9 Abs. 1 VRG - in den Akten vermerkt und begründet werden (§ 369 Abs. 1 Satz 2 StPO).

### C. Der unter die Einschränkung fallende Personenkreis

Bekanntlich steht im zürcherischen Jugendstrafverfahren neben den gerichtlichen Behörden folgenden Verfahrensbeteiligten ein Akteneinsichtsrecht und somit die Einsichtnahme ins Gutachten zu: dem urteilsfähigen Jugendlichen, dem gesetzlichen Vertreter, dem Verteidiger und dem Geschädigten<sup>38</sup>. All diesen Personen - mit Ausnahme der gemäss § 371 bestellten amtlichen Verteidiger oder als Verteidiger erbetenen Rechtsanwälte<sup>39</sup> - kann die Einsichtnahme ins Gutachten verweigert werden. Denn wie aus dem unter lit. B. Gesagten hervorgeht, lässt sich die Vorenthaltung des Gutachtens gegenüber dem Jugendlichen, dem gesetzlichen Vertreter und dem Verteidiger, der Nicht-anwalt ist, mit Rücksicht auf die psychische Gesundheit des Minderjährigen und der Angehörigen bzw. das erzieherische Wohlergehen des jungen Angeschuligten begründen. Gegenüber dem Geschädigten lässt sich die Verweigerung der Einsicht ins Gutachten mit der Wahrung der Geheimsphäre des Minderjährigen und der Angehörigen rechtfertigen<sup>40</sup>.

---

38 Sh. vorne S. 158 ff. (159/60)

39 Sh. dazu im folgenden Abschnitt III.

40 R 17 sieht überhaupt vor, dass die Parteirechte des Geschädigten, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht, auf die zur Wahrung der Zivilansprüche notwendige Mitwirkung zu beschränken ist.

### III. Ausnahme von der Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes

#### A. Die amtlichen Verteidiger und die als Verteidiger erbetenen Rechtsanwälte als Träger der Ausnahmebestimmung

Die Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes bezieht sich jedoch, wie bereits angetönt, nicht auf die nach § 371 StPO bestellten amtlichen Verteidiger und die als Verteidiger erbetenen Rechtsanwälte<sup>41</sup>. Diesen steht gem. § 369 Abs. 2 StPO ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht zu. Der Grund für die Sonderbehandlung dieses beschränkten Personenkreises entspringt rechtsstaatlichen Erwägungen: Wird sowohl dem Jugendlichen wie auch dem gesetzlichen Vertreter die Einsicht in die Strafakten aus überwiegenden schutzwürdigen Interessen verweigert, so ist eine genügende Verteidigung nicht mehr gewährleistet, zumal sich die erwähnten Prozessbeteiligten zu belastenden Tatsachen nicht äussern können. Deshalb muss es eine Instanz geben, welcher in jedem Fall ein Akteneinsichtsrecht zusteht.

Wie aus dem Protokoll der vorbereitenden Kommission deutlich hervorgeht, sind diejenigen erbetenen Verteidiger, die nicht dem Rechtsanwaltstand angehören, vom Privileg des uneingeschränkten Akteneinsichtsrechtes ausgenommen, was von einigen Mitgliedern der Kommission als Rechtsungleichheit bezeichnet wurde. Diesem Einwand wurde folgendermassen begegnet: Von Rechtsungleichheit könne deshalb nicht die Rede sein, weil bei diesen beiden Verteidigerkategorien nicht die gleichen Voraussetzungen vorliegen. Während an den Rechtsanwalt strenge Anforderungen gestellt würden, insofern als er unter Aufsicht der Anwaltekammer stehe und im Falle eines Fehlverhaltens im schlimmsten Falle seines Patentes verlustig gehe, könne grundsätzlich jede beliebige Privatperson vom Jugendlichen bzw. dem gesetzlichen Vertreter als Verteidiger beigezogen werden. Dadurch entstehe die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung der Akten und somit der Umgehung der zugunsten des Minderjährigen aufgestellten Schutzbestimmungen, z.B. wenn dieser von

---

<sup>41</sup> Beim amtlichen Verteidiger handelt es sich um einen Verteidiger, welcher von der gerichtlichen Behörde bestellt wird. Im Gegensatz dazu wird der erbetene Verteidiger von den Parteien ernannt.

einem Komplizen verteidigt werde<sup>42</sup>. Des weiteren wird ausgeführt, dass ein Rechtsanwalt besser abwägen könne, was dem Angeschuldigten ohne Gefahr für dessen psychische Entwicklung mitgeteilt werden könne als ein Laie<sup>43</sup>.

B. Problematik des uneingeschränkten Akteneinsichtsrechtes durch die unter  
lit. A. angeführten Verteidiger

Der Expertenkommission ist darin beizustimmen, dass die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung der Akten durch Nichtanwälte insofern gross ist, als auch der Komplize des Jugendlichen die Verteidigung übernehmen kann<sup>44</sup>. Ebenso zutreffend ist, dass der Rechtsanwalt infolge der Aufsicht strengeren Anforderungen untersteht<sup>45</sup>. Hingegen vermag diese Aufsicht kaum Missbräuche zu verhindern, welche darin liegen, dass vor Jugendgericht vereinzelt Anwälte auftreten, die eine dem Erwachsenenstrafverfahren entsprechende Verteidigung durchführen und in diesem Rahmen dem Jugendlichen und den Eltern das vorgängig kodierte Gutachten ohne jegliche Berechtigung und ohne dabei Sanktionen zu gewärtigen<sup>45 A</sup>, zum Lesen aushändigen<sup>46</sup>.

Zwar ist der Verteidiger grundsätzlich berechtigt, Abschriften und Fotokopien aus den Akten anzufertigen und dem Angeschuldigten zu übergeben<sup>47 48</sup>.

---

42 Prot. KK 324

43 Prot. KK 326

44 Gem. § 8 StPO kann jede im Besitze der bürgerlichen Ehren und Rechte stehende Person als Verteidiger auftreten. Da die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (Art. 52 StGB) durch die StGB-Revision von 1971 aufgehoben wurde, kann jede mündige und urteilsfähige Person als Verteidiger auftreten. Die berufsmässige Verteidigung bleibt hingegen gem. § 1 AnwG in Verb. mit § 8 StPO den Rechtsanwälten vorbehalten.

45 Gem. § 15 AnwG wird die Aufsicht über die Rechtsanwälte vom Obergericht und von der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ausgeübt.

45 A Dieser Umstand liegt wohl darin begründet, dass solche Fälle bisher nicht zur Anzeige gebracht worden sind.

46 Diese Aussage basiert auf mündlichen Mitteilungen.

47 Hauser/Hauser, Kommentar GVG S. 611, H. Müller S. 140, Schmidt, Erl. 17 zu § 147 dStPO, Lüttger NJW 1951 S. 745, ZR 1966 Nr. 29

48 Hingegen darf der Verteidiger niemals den Gewahrsam über die Akten auf-

Die Herausgabe dieser Schriftstücke darf jedoch nur zu Prozesszwecken erfolgen<sup>49</sup>. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der Verteidiger das pädagogisch-psychiatrische Gutachten dem Jugendlichen und auch den Eltern zum Lesen aushändigt, nachdem der Richter diesen Personen die Einsicht ins Gutachten in deren eigenem Interesse vorenthalten hat<sup>50</sup>, was in der Praxis in der Regel der Fall ist<sup>51</sup>.

Wenn das beschriebene fehlerhafte Verhalten des Verteidigers auch nicht der Regel entspricht, so sind derartige Missbräuche - wie erwähnt - doch vorgekommen, wohl weniger auf Grund eines verwerflichen Verhaltens, sondern vielmehr deshalb, weil viele Rechtsvertreter mit dem jugendstrafrechtlichen Gedankengut zu wenig vertraut sind<sup>52 53</sup>.

Bevor weiter unten<sup>54</sup> der Versuch unternommen wird, Möglichkeiten zur Vermeidung der missbräuchlichen Verwendung des Gutachtens durch den Verteidiger aufzuzeigen, müssen vorerst zum besseren Verständnis i.S. eines Exkurses einige grundsätzliche Bemerkungen zur Verteidigung im Jugendstrafverfahren angebracht werden.

---

geben. Vgl. H. Müller a.a.O.

49 Vgl. Schmidt a.a.O., Hauser/Hauser a.a.O. Huber S. 90

50 Im Ergebnis gleich Dallinger/Lackner N 30 zu § 68 JGG

51 Die Vorenthaltung von Aktenstücken ist seit der StPO-Revision von 1974 in den Akten zu vermerken und zu begründen (§ 369 Abs. 1 Satz 2).

52 Dass viele Rechtsanwälte mit diesem Sonderrecht nicht vertraut sind, bemerkt auch Zipkes (S. 309).

53 Derjenige Rechtsanwalt, der sich vorwiegend mit vermögensrechtlichen Angelegenheiten befasst und nur gelegentlich eine jugendstrafrechtliche Verteidigung übernimmt, wird dieser Aufgabe kaum gewachsen sein.

54 Sh. hinten S. 191 ff.

## C. Exkurs: Die Verteidigung

### 1. Aufgaben des Verteidigers

Dem Jugendstrafverteidiger obliegt zunächst die Ueberprüfung, ob ein dem Angeschuldigten angelasteter Tatbestand in objektiver und subjektiver<sup>55</sup> Hinsicht erfüllt sei. Darüber hinaus besteht seine wichtigste Funktion im Bemühen, zusammen mit den gerichtlichen Behörden eine der Persönlichkeit des Minderjährigen nach Möglichkeit entsprechende Sanktion herauszufinden<sup>56</sup>.

Die erstgenannte Aufgabe ist mit derjenigen des Erwachsenenstrafrechts weitgehend identisch, insofern als die richtige Qualifikation der Tat auch im Jugendstrafverfahren von Bedeutung ist, zwar nicht so sehr wegen der zu treffenden Sanktion<sup>57</sup>, sondern vielmehr vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus sowie im Hinblick auf den Leumund und das spätere Fortkommen des Minderjährigen<sup>58</sup>.

Wenn schon im Erwachsenenstrafverfahren die allzu einseitige Haltung des Verteidigers zugunsten des Angeklagten nicht unbestritten ist<sup>59</sup>, so gilt dies in vermehrtem Masse für das Jugendstrafverfahren. Sowohl das Beschönigen und Bagatellisieren der Tat wie auch das Bestreben des Verteidigers, einen Freispruch des Minderjährigen bezüglich einer von ihm eindeutig begangenen Tat zu erwirken, ist vom pädagogischen Standpunkt aus sehr fragwürdig. Ebenso erziehungswidrig sind Handlungen des Verteidigers, die das Verfahren in unnötiger Weise verzögern, z.B. sachlich ungerechtfertigte Anträge.

---

55 Die Ueberprüfung der Schuldfrage ist allerdings nur dann von Bedeutung, wenn eine Strafe zur Diskussion steht. Sh. vorne S. 16 ff. (20)

56 Vgl. etwa Pfenninger, Aufsätze S. 160

57 Die Schwere der Tat spielt bei der Ausfällung der Sanktion bekanntlich keine Rolle. Sh. vorne S. 8

58 Vgl. Schneider S. 108

59 Sh. etwa Huber S. 104/05

Während die strafrechtliche Ueberprüfung der Tat juristische Fähigkeiten des Verteidigers erfordert, setzt die Suche nach der geeigneten Sanktion in hohem Masse pädagogische, psychologische und fürsorgerische Kenntnisse und Erfahrungen voraus. Der Verteidiger muss die Massnahmearten des Jugendstrafrechtes sowie deren Auswirkungen kennen. Beim Bemühen um die Sanktion sollte er nicht für die leichteste Strafe oder Massnahme eintreten, sondern für diejenige, welche dem Zustand des Minderjährigen optimal Rechnung trägt. Der Verteidiger hat sich dabei stets zu vergewissern, dass die angestrebte Sozialisierung bzw. Resozialisierung des Minderjährigen mit möglichst geringen Eingriffen in dessen Freiheit erreicht wird.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Aufgaben des Verteidigers im Jugendstrafverfahren in gewisser Hinsicht komplexer sind als diejenigen des Strafverteidigers im ordentlichen Verfahren, da auf diesem Sondergebiet Kenntnisse erforderlich sind, die über das Rechtliche hinausgehen. Es ist Schneider<sup>60</sup> darin beizupflichten, dass nur derjenige Verteidiger diese Aufgabe übernehmen darf, welcher sich durch ernstes Studium und häufigen Umgang mit Jugendlichen die nötigen psychologischen und pädagogischen Kenntnisse erworben hat und der vor allem über ein Talent im Umgang mit jungen Menschen verfügt, was anderorts mit der Bezeichnung "Rechtskundiger mit pädagogischer Ader" zum Ausdruck gebracht wird<sup>61</sup>.

## 2. Durchführung der Verteidigung im zürcherischen Jugendstrafverfahren

### a) Gesetzliche Grundlage

Die für die Verteidigung des Minderjährigen massgebende Bestimmung, § 371 StPO, lautet folgendermassen:

---

60 Schneider S. 78. Sh. ferner JGG-Richtlinie 1 zu § 68: "Es empfiehlt sich nach § 68 möglichst nur Verteidiger zu bestellen, die erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sind."

61 Zit. bei Pfenninger, Jugendstrafverfahren S. 30

"Bestehen Zweifel daran, dass der Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gewillt oder in der Lage ist, den Minderjährigen hinreichend zu verteidigen, oder scheint ein Interessenkonflikt zu bestehen, so bestellt der Präsident des Bezirks- oder Jugendgerichtes dem Angeschuldigten für das Untersuchungs- und Gerichtsverfahren sobald als möglich, im Falle der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss § 380 Abs. 1 und 2 rechtzeitig vorher, einen Verteidiger, der nicht Rechtsanwalt zu sein braucht. Die Vertretung durch einen erbetenen Verteidiger bleibt vorbehalten."

Darüber hinaus sieht § 11 Ziff. 2 StPO die Zuziehung eines amtlichen Verteidigers dann vor, wenn eine Massnahme i.S. von Art. 91 und 92 StGB (Erziehungsmassnahme und Besondere Behandlung für Jugendliche) beantragt wird oder in Aussicht steht und der Angeschuldigte nicht selber einen Verteidiger bestellt hat.

Zwischen diesen beiden Bestimmungen scheint ein Widerspruch zu bestehen, und da sie gleichzeitig durch die StPO-Revision von 1974 ins Gesetz aufgenommen wurden, ein redaktionelles Versehen vorzuliegen. Denn § 371 StPO macht die Bestellung eines amtlichen Verteidigers des Jugendlichen von persönlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Vertreters abhängig, während § 11 Ziff. 2 StPO auf die Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme abstellt.

Aus den Gesetzesmaterialien geht jedoch eindeutig hervor, dass § 11 Ziff. 2 StPO lediglich auf diejenigen Angeschuldigten Anwendung findet, bei welchen eine jugendstrafrechtliche Massnahme nach Erreichen der Volljährigkeit verhängt wird<sup>62</sup>. Da der dem Angeschuldigten in § 371 StPO gewährte Schutz mit

---

<sup>62</sup> Dies ist insofern möglich, als die Abänderung einer Massnahme gegenüber Jugendlichen (Art. 93 StGB) über das zurückgelegte 18. Altersjahr hinaus gestattet ist. Dabei ist lediglich zu beachten, dass gem. Art. 94 Ziff. 5 StGB die Massnahmen gegenüber Jugendlichen spätestens mit dem zurückgelegten 22. Altersjahr, im Falle der qualifizierten Heimeinweisung spätestens mit dem vollendeten 25. Lebensjahr aufzuheben sind. Vgl. dazu Boehlen S. 160

dem Eintreten der Volljährigkeit erlischt<sup>63</sup>, musste man die Fälle von Art. 91 und 92 StGB speziell berücksichtigen<sup>64</sup>. Es wäre nicht einzusehen, wenn nur dem jungen Erwachsenen im Falle der Anordnung einer Massnahme i.S. von Art. 100<sup>bis</sup> ein amtlicher Verteidiger bestellt würde (§ 11 Ziff. 2 StPO), nicht dagegen, wenn eine Massnahme i.S. von Art. 91 und 92 StGB zur Diskussion steht.

#### b) Zulassung der formellen Verteidigung

Je nach dem Träger der Verteidigung unterscheidet man zwischen der materiellen und der formellen Verteidigung. Von formeller Verteidigung spricht man dann, wenn die Verteidigung von einer eigens und ausschliesslich für diese Aufgabe bestellten Person ausgeübt wird. Materiell ist die Verteidigung, sofern sie vom angeschuldigten Minderjährigen, dem Jugendanwalt oder Richter ausgeht<sup>65</sup>.

Dadurch, dass das zürcherische Jugendstrafverfahren Rechtsanwälte und andere Personen zur Verteidigung zulässt, bekennt es sich zum Institut der formellen Verteidigung. Während die formelle Verteidigung im Jugendstrafverfahren früher umstritten war<sup>66</sup>, ist sie in der heutigen Literatur<sup>67</sup> weitgehend anerkannt. In der Praxis hingegen werden ihr immer noch Widerstände entgegengebracht. Die Gründe sind die nämlichen, wie sie von früheren Autoren angeführt worden sind<sup>68</sup>:

---

63 § 371 StPO erstreckt sich bekanntlich nicht nur auf Kinder und Jugendliche, sondern auch auf die 18 - 20-jährigen Unmündigen. Sh. vorne S. 165

64 Prot. KK 278

65 Vgl. Pfenninger, Aufsätze S. 142, ders. Festgabe S. 164, Burkart S. 18/19, Huber S. 95 ff. (97)

66 Sh. die bei Schneider zit. Autoren S. 31 ff.

67 Vgl. Pfenninger, Jugendstrafverfahren S. 29, ders. Verteidigung S. 54 ff., Schneider S. 30 ff. (31), Zipkes S. 304 ff., Beglinger S. 127 ff.

68 Sh. FN 66

Durch das Auftreten des Strafverteidigers i.S. des Erwachsenenstrafrechtes (des sog. blanchisseurs) wird ein ungünstiger Einfluss auf den Minderjährigen befürchtet. Zudem wird geltend gemacht, dass damit das Vertrauensverhältnis zwischen dem Jugendanwalt und dem jungen Angeeschuldigten gestört werde. Auf der anderen Seite wird die materielle Verteidigung deshalb als ausreichend betrachtet, weil die gerichtlichen Behörden nur das Beste für den Minderjährigen wollten. Schliesslich wird erwähnt, dass es sich beim grössten Teil der jugendstrafrechtlichen Delikte um einfache Fälle handle, deren Erledigung weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Probleme aufwerfe.

Von den Befürwortern der formellen Verteidigung werden dagegen strafprozessuale Gesichtspunkte in den Vordergrund gestellt, indem sie als Korrelat zum Verzicht auf wichtige Wahrheitsgarantien des modernen Strafprozesses, wie Oeffentlichkeit des Verfahrens, Akteneinsichts- und Teilnahmerecht an Verhandlungen, eine genügende Verteidigung fordern, die von einer eigens dazu bestellten Person ausgeübt werden soll <sup>69</sup>. Pfenninger erblickt zudem in der Vereinigung von Anklage und Verteidigung eine psychologische Unvereinbarkeit und betont das Prinzip der Waffengleichheit von Anklage und Verteidigung gerade deshalb, weil es sich beim zürcherischen Jugendstrafverfahren weitgehend um einen Aktenprozess handelt <sup>70</sup>. Schliesslich erachtet er die Selbstverteidigung des Minderjährigen im Hinblick auf dessen Unerfahrenheit und die mangelnden Rechtskenntnisse als unzureichend <sup>71</sup>.

Die Vorteile der materiellen Verteidigung, die vornehmlich in der Gewährleistung eines reibungslosen Verfahrens und in der Fernhaltung von erziehungswidrigen Einflüssen liegen, werden m.E. bei weitem vom gewichtigen Nachteil überschattet, welcher im Fehlen des rechtsstaatlichen Elementes besteht. Die Berechtigung der formellen Verteidigung an sich kann denn in einem rechtsstaatlich begründeten Strafverfahren nicht mehr ernsthaft be-

---

69 Sh. die in FN 67 zit. Autoren

70 Pfenninger, Verteidigung S. 58

71 Pfenninger a.a.O. S. 55, ders. Aufsätze S. 159. So auch Schneider S. 17

zweifelt werden. Die Kritik hat sich vielmehr gegen einzelne ungeeignete Träger dieses Instituts zu richten <sup>72</sup>.

c) Beschränktes Prinzip der notwendigen formellen Verteidigung

§ 371 StPO geht primär von der Verteidigung des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter aus. Ist diese aus bestimmten, im folgenden zu erörternden Gründen ungenügend, und wird der Angeschuldigte nicht durch einen erbetenen, d.h. einen von den Parteien selbst ernannten Verteidiger vertreten, so wird die Bestellung eines amtlichen Verteidigers - auch gegen den Willen des Minderjährigen bzw. des gesetzlichen Vertreters - angeordnet. In den Fällen, in welchen die Verteidigung von einer für diese Aufgabe obligatorisch eigens bestellten Person ausgeübt wird, sei es in Form der erbetenen oder amtlichen Verteidigung, spricht man von notwendiger formeller Verteidigung <sup>73 74</sup>.

Es fragt sich, in welchen Fällen die Verteidigung durch den gesetzlichen Vertreter nicht genügt. Aus den Gesetzesmaterialien ist nicht klar ersichtlich, wann dies der Fall ist. Lediglich in bezug auf den "Interessenkonflikt" wurde von der vorbereitenden Kommission des Kantonsrates vage formuliert, dass dieser vielleicht dann bestehe, wenn die Eltern die Verteidigung unbedingt übernehmen wollten, jedoch "verständnislos" seien. Die Auslegung der Passage "nicht gewillt oder in der Lage" wurde ausdrücklich der Praxis überlassen <sup>75</sup>.

---

72 Dafür, wie ungeeignete Verteidiger vom Jugendstrafverfahren ferngehalten werden könnten, sh. hinten S. 191 ff.

73 Zum Institut der notwendigen formellen Verteidigung, sh. etwa Pfenninger, Festgabe S. 164, Burkart S. 19/20

74 Den Gegensatz dazu bildet die fakultative Verteidigung, bei welcher ein Verteidiger zwar am Verfahren mitwirken kann, aber nicht muss.

75 Prot. KK S. 160

Nicht gewillt sind m.E. diejenigen Eltern oder Vormünder, die den Willen, die Verteidigung nicht zu übernehmen, ausdrücklich oder stillschweigend bekunden, z.B. indem sie einer Vorladung des Jugendanwaltes oder Gerichtes keine Folge leisten. "Nicht in der Lage" ist der gesetzliche Vertreter etwa dann, wenn er physisch verhindert ist, z.B. infolge Krankheit oder Ortsabwesenheit oder wenn der gesetzliche Vertreter nicht über genügend Sach- oder Rechtskenntnisse verfügt <sup>76 77</sup>.

Bei einem Interessenkonflikt stehen sich zwei Interessen gegenüber, nämlich das "wohlverstandene" Interesse des Minderjährigen an einer geeigneten Sanktion und ein entgegengesetztes Interesse der Eltern, welches folgendermassen geartet sein kann: Zum einen tragen die Eltern oft wesentlich zur Mitverursachung einer Massnahmebedürftigkeit, z.B. einer Verwahrlosung bei, und werten die vom Jugendanwalt oder Gericht als notwendig erachtete Massnahme als negatives Urteil über ihre erzieherischen Fähigkeiten sowie als Einmischung in ihre innerfamiliären Angelegenheiten. Wieder andere nehmen eine grundsätzlich negative Haltung gegenüber behördlichen Massnahmen ein. Schliesslich kann ein weiteres Motiv der unangemessenen Abwehr der ins Auge gefassten Sanktion aus einer Ablehnung finanzieller Konsequenzen resultieren.

Wird die Verteidigung nicht vom gesetzlichen Vertreter ausgeübt und haben die Parteien keinen eigenen Verteidiger ernannt, so übernimmt der amtliche Verteidiger die Vertretung des Minderjährigen und zwar sowohl im Untersuchungs- wie im Hauptverfahren. Diese Aufgabe wird, wie § 371 StPO ausdrücklich bestimmt, nicht Rechtsanwälten vorbehalten, sondern der Gerichtspräsident kann auch andere Personen zur Verteidigung des Angeschuldigten beiziehen. Diese müssen allerdings geeignet sein <sup>78</sup>, d.h. den vorne aufgestellten Anforderungen genügen <sup>79</sup>.

---

76 Zu den mangelnden Sach- und Rechtskenntnissen, vgl. ZR 59 Nr. 74

77 Es würde zu weit führen, auf die gelegentlich aufgeworfene Frage einzutreten, ob der gesetzliche Vertreter, insbesondere die Eltern überhaupt je fähig sind, die Verteidigung ihres Schutzbefohlenen zu übernehmen. Sh. dazu Pfenninger, Jugendstrafverfahren S. 29/30, Schneider S. 82/83.

78 Dies wurde in Art. 42 Abs. 2 EGStGB, der vor der StPO-Revision von 1974 geltenden Bestimmung, ausdrücklich festgehalten.

79 Sh. vorne S. 172/73

§ 11 Das Problem der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens infolge des Teilnahmerechtes des Jugendlichen und des Verteidigers bei Sachverständigeneinvernahmen im Untersuchungsverfahren

Während der Gesetzgeber in § 386 Abs. 1 und 2 StPO die Teilnahmemöglichkeit von Kindern und Jugendlichen an der Hauptverhandlung vor Gericht regelt, fehlt eine adäquate Bestimmung für das Untersuchungsverfahren. Wie jedoch aus den Gesetzesmaterialien indirekt hervorgeht, besteht grundsätzlich ein Teilnahmerecht des Jugendlichen<sup>80</sup> und des Verteidigers an Sachverständigeneinvernahmen im Untersuchungsverfahren, insofern als in der kantonsrätlichen Kommission festgehalten wurde, dass § 369 Abs. 1 StPO<sup>81</sup> den ordentlichen Verfahrensbestimmungen von § 14 und 15 StPO entspreche<sup>82</sup>. Zum besseren Verständnis des Ausgeführten soll im folgenden der Inhalt der zitierten Bestimmungen wiedergegeben werden.

Gemäss § 14 Abs. 1 StPO ist dem Angeschuldigten und dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, den Sachverständigen - wie auch den Zeugeneinvernahmen vor dem Untersuchungsbeamten beizuwohnen und an den Sachverständigen bzw. Zeugen Fragen zu richten<sup>83</sup>, welche zur Aufklärung der Sache dienen können. Konnte der Angeschuldigte aus zwingenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht daran teilnehmen, so ist gem. Abs. 2 der erwähnten Bestimmung das Protokoll bei nächster Gelegenheit vorzulesen, mit der Anfrage, ob der Angeschuldigte Begehren, insbesondere Ergänzungsfragen zu stellen habe. Die Nichtbeachtung von § 14 Abs. 1 und 2 StPO schafft gem. § 15 StPO einen Nichtigkeitsgrund i.S. von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, soweit sie den Angeschuldigten belasten<sup>84</sup>.

---

80 Ebensovienig wie dem Kind ein Akteneinsichtsrecht zusteht, ist es auch nicht an Sachverständigen- und Zeugeneinvernahmen teilnahmeberechtigt. Sh. dazu vorne S. 160

81 Während den Beratungen der kantonsrätlichen Kommission handelte es sich bei dieser Bestimmung laut Antrag RR um § 52 EGStGB.

82 Prot. KK 157

83 Die Fragen können dabei direkt an den Sachverständigen bzw. Zeugen gerichtet werden. Vgl. ZR 73 Nr. 77

84 ZR 53 Nr. 72, 56 Nr. 79, 72 Nr. 75, 73 Nr. 77, SJZ 72 (1976) S. 95 Nr. 28

§ 369 Abs. 1 StPO geht also vom grundsätzlichen Teilnahmerecht des Jugendlichen und des Verteidigers aus, sieht jedoch eine Einschränkung der Teilnahme beim Vorliegen von überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen und der Angehörigen vor. Das Recht der gem. § 371 StPO bestellten amtlichen Verteidiger oder als Verteidiger erbetenen Rechtsanwälte auf die Teilnahme an der Sachverständigeneinvernahme bleibt jedoch gem. § 369 Abs. 2 StPO vorbehalten.

So wie nicht nur grundsätzlich die Einsichtnahme des Jugendlichen, des als Verteidiger auftretenden gesetzlichen Vertreters und des Verteidigers, der Nichtanwalt ist, ins Gutachten zu vermeiden ist, so soll auch in der Regel deren Anwesenheit bei Erörterungen des Sachverständigen über die hereditären Verhältnisse und die Milieueinflüsse verhindert werden. Da die Bestimmung, welche die Einschränkung des Teilnahmerechtes an Sachverständigeneinvernahmen regelt, mit derjenigen über die Einschränkungsmöglichkeit des Akteneinsichtsrechtes identisch ist, insofern als beide im selben Paragraphen geregelt werden und dieselben Einschränkungsmodalitäten vorsehen, darf auf Grund der früheren Ausführungen<sup>85</sup> zusammenfassend folgendes vermerkt werden: Der Ausschluss des Jugendlichen und des gesetzlichen Vertreters lässt sich mit Rücksicht auf deren psychische Gesundheit, beim Jugendlichen darüber hinaus aus erzieherischen Gründen, rechtfertigen. Dem als Verteidiger auftretenden Nichtanwalt kann die Teilnahme an der Sachverständigeneinvernahme dann verwehrt werden, wenn die Gefahr besteht, dass er den Inhalt der Sachverständigenerörterungen dem Jugendlichen und den Eltern auf ungeeignete Weise zur Kenntnis bringt.

Somit kann - wie im Falle des Akteneinsichtsrechtes - lediglich der amtliche Verteidiger und der als Verteidiger erbetene Rechtsanwalt nicht von der Teilnahme an Sachverständigeneinvernahmen ausgeschlossen werden, was wie in jenem Fall auf rechtsstaatlichen Erwägungen beruht. Angesichts der Tatsache, dass in der Regel eine Schlussbesprechung durchgeführt wird<sup>86</sup>, werden im Untersuchungsverfahren äusserst selten Sachverständigeneinvernahmen durchgeführt, womit das Teilnahmerecht der erwähnten Verteidiger von geringer praktischer Relevanz ist.

---

85 Sh. dazu vorne S. 166/67

86 Sh. dazu vorne S. 73 ff. (75)

§ 12 Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens infolge der Teilnahme der Verfahrensbeteiligten an der Hauptverhandlung

I. Bedeutung und Ablauf der Hauptverhandlung

Wie aus früheren Darlegungen hervorgeht <sup>87</sup>, liegt es in der Kompetenz des Jugendanwaltes, leichtere Fälle selber zu erledigen, so dass nicht jeder straffällige Minderjährige vor Gericht gestellt wird. Die gerichtliche Beurteilung bildet vielmehr die Ausnahme. Der Ablauf der Hauptverhandlung gestaltet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Hauptverhandlung gem. § 178 - 97 StPO und nach den Vorschriften über die Hauptverhandlung vor Bezirksgericht gem. § 279 - 285 StPO.

Der Schwerpunkt des Jugendstrafverfahrens liegt bekanntlich in der Untersuchung <sup>88</sup>. In diesem Verfahrensstadium werden die Beweisergebnisse so vorbereitet, dass sie in der Hauptverhandlung nurmehr überprüft und geklärt werden können. Da also das Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit im zürcherischen Jugendstrafverfahren weitgehend durchbrochen ist, treten selten Sachverständige in der Gerichtsverhandlung auf.

Der Richter befragt den Minderjährigen sowohl über den Tathergang als auch über seine persönlichen Verhältnisse. Weitere Auskünfte über die Persönlichkeit des Angeschuldigten und sein Milieu erhält der Richter sodann vom anwesenden gesetzlichen Vertreter und Sozialarbeiter <sup>89</sup>. Des weitern erfolgen

---

87 Sh. vorne S. 47/48

88 Sh. vorne S. 49

89 Der auf der Jugendanwaltschaft tätige Sozialarbeiter steht dem Jugendanwalt bei der Untersuchung in personam zur Seite und führt auch stellvertretend für den Jugendanwalt die Betreuung von vielen straffälligen Minderjährigen im Massnahmenvollzug (zur Stellung des Sozialarbeiters, sh. Stieger-Gmür S. 198 ff.). Hier und da kommt es vor, dass beim straffälligen Minderjährigen vorgängig zivilrechtliche Massnahmen angeordnet wurden, welche die Bestellung eines Sozialarbeiters notwendig machten. Dieser Sozialarbeiter übernimmt in der Regel auch die Betreuung seines Schützlings im Jugendstrafvollzug, so dass seine Teilnahme an der Gerichtsverhandlung nur sinnvoll sein kann.

die Parteivorträge. Sowohl im Antrag des Jugendanwaltes als auch im Plädoyer des Verteidigers spielt das pädagogisch-psychiatrische Gutachten in der Regel eine entscheidende Rolle. Nach geheimer Urteilsberatung fällt das Gericht schliesslich ein Urteil, welches dem Minderjährigen in verständlicher und geeigneter Form zu erklären ist (§ 387 StPO).

## II. Der zur Teilnahme berechtigte Personenkreis

### A. Allgemeines

Zur Klärung der Frage, welche Personen an der Hauptverhandlung teilnehmen können, sind die speziellen, auf die Kinder und Jugendlichen anwendbaren Sonderbestimmungen sowie § 369 StPO heranzuziehen.

Wie schon mehrfach erwähnt wurde, besitzt die Allgemeinheit keinen Zugang zur Gerichtsverhandlung, sondern es ist nur ein beschränkter Personenkreis zur Teilnahme berechtigt, nämlich gem. § 386 Abs. 1 und 2 StPO die angeschuldigten Kinder und Jugendlichen, gem. § 372 Abs. 1 StPO deren Eltern oder Vormünder, der Sozialarbeiter, die Geschädigten und darüber hinaus - was selbstverständlich ist - der Verteidiger (§ 369 Abs. 2 in Verb. mit Abs. 1 StPO). Der Jugendanwalt ist zum Erscheinen verpflichtet (§ 386 Abs. 4 StPO).

### B. Umfang der Teilnahme der dazu berechtigten Personen

#### 1. Der angeschuldigte Minderjährige

§ 386 Abs. 1 StPO sieht vor, dass Kinder "nur soweit zu den Verhandlungen zugelassen werden, als es zur Abklärung des Sachverhaltes und der persönlichen Verhältnisse nötig ist." Jugendliche nehmen gem. Abs. 2 dieser Bestimmung grundsätzlich an den Verhandlungen teil.

Wie indirekt aus dem Protokoll der kantonsrätlichen Kommission hervorgeht, wollte man die Teilnahme der Kinder aus erzieherischen Gründen auf die Befragung zur Person und zum strafrechtlichen Sachverhalt beschränken. Denn

die Anwesenheit der Kinder bei Erörterungen über deren Probleme und diejenigen der Familie könnte ungünstige Wirkungen nach sich ziehen<sup>90</sup>. Zudem wird das Kind kaum in der Lage sein, den Inhalt der einzelnen Vorträge rational zu erfassen. Da es andererseits mitunter vom erzieherischen Standpunkt aus geboten sein kann, den Jugendlichen in die Verhandlung miteinzubeziehen, wenn dessen Schwierigkeiten besprochen werden, wollte man ihm grundsätzlich die Teilnahme an der Gerichtsverhandlung ermöglichen<sup>91</sup>.

Dass der Jugendliche wie auch das Kind in irgendeiner Form an der Hauptverhandlung teilnehmen sollten, liegt auf der Hand<sup>92</sup>. Denn da bei der Ausfällung der Sanktion auf die Persönlichkeit des jungen Täters abgestellt wird, muss sich das Gericht neben den Untersuchungsergebnissen auf einen persönlichen Eindruck stützen. Ferner würde es dem Minderjährigen voraussichtlich schwerfallen, ein Urteil von Personen zu akzeptieren, die ihn nie zu Gesicht bekommen haben. Schliesslich vermag eine geschickt durchgeführte Gerichtsverhandlung den jungen Täter positiv zu beeinflussen<sup>93</sup>.

## 2. Eltern, Vormünder und Sozialarbeiter

Gem. § 372 Abs. 1 StPO wird den Eltern grundsätzlich ein Teilnahmerecht eingeräumt. Dabei steht ihnen das Recht zu, sich zu äussern<sup>94</sup>. Auch wenn die Eltern die Verteidigung nicht übernehmen<sup>95</sup>, so lässt sich deren Anwesenheit in der Gerichtsverhandlung aus verschiedenen Gründen rechtfertigen. Einmal lassen sich aus ihren Aussagen sowie aus ihrem persönlichen Auftre-

---

90 Prot. KK 5/6 (417/18)

91 Prot. KK a.a.O.

92 Allerdings können bestimmte Gründe vorliegen, die ein gänzliches Fernbleiben des Minderjährigen von der Verhandlung rechtfertigen, z.B. schwerwiegende körperliche oder geistige Mängel oder eine grosse örtliche Distanz zum Gerichtsort.

93 Vgl. Beglinger S. 122

94 R 21: "Der gesetzliche Vertreter des Angeschuldigten ist zur Verhandlung vorzuladen und bei Erscheinen von der urteilenden Behörde anzuhören."

95 Wann dies der Fall ist, sh. vorne S. 177/78

ten vor Gericht u.U. wertvolle Schlüsse auf die Problematik des Falles ziehen. Zum anderen bedeutet die gerichtliche Anordnung einer Massnahme oder Strafe eine einschneidende Beschränkung der Rechte der Eltern, so dass ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt werden muss, auch wenn die elterliche Gewalt als zivilrechtliches Institut der Anordnung einer strafrechtlichen Sanktion zu weichen hat<sup>96</sup>. Schliesslich üben die Eltern durch ihre Anwesenheit eine gewisse Kontrolle über die Justiz aus, so dass trotz des im Jugendstrafverfahren bestehenden Prinzips der Nichtöffentlichkeit<sup>97</sup> nicht der Eindruck eines Geheimverfahrens entsteht.

In gleicher Weise tragen auch die nach § 372 Abs. 1 StPO teilnahmeberechtigten Vormünder und Sozialarbeiter zur Kontrolle der Justiztätigkeit bei. Zudem vermögen auch sie wertvolle Hinweise zum besseren Verständnis der Persönlichkeit des Minderjährigen zu liefern.

### 3. Der Geschädigte

Dem Geschädigten steht auf Grund von § 372 Abs. 1 StPO ein Teilnahmerecht an der Verhandlung zu, in der Regel jedoch nur in bezug auf seine zivilrechtlichen Ansprüche<sup>98</sup>.

Diese Beschränkung des Teilnahmerechtes beruht auf erzieherischen Erwägungen und ist sehr zu begrüssen. Denn es wäre ein ungerechtfertigter Einbruch in die Intimosphäre des Minderjährigen und der Angehörigen, wenn der Geschädigte Einblick in die persönlichen Verhältnisse der erwähnten Personen erhielte und die Behandlungsergebnisse auf diesem Wege an die Öffentlichkeit gelangen würden. § 372 Abs. 1 StPO verwirklicht nichts anderes als den in § 369 Abs. 1 StPO ausgesprochenen Schutzgedanken und nimmt eine auf Grund dieser Bestimmung mögliche Einschränkung der Teilnahme des Geschädigten gleich vorweg.

---

96 Sh. vorne S. 8 FN 27

97 Sh. vorne S. 57/58

98 Die Beschränkung der Teilnahme des Geschädigten auf den zivilrechtlichen Aspekt bedeutet eine Neuerung gegenüber dem vor der StPO-Revision von 1974 geltenden Art. 51 Abs. 2 EGStGB. Damit wurde R 17 befolgt, wel-

#### 4. Der Verteidiger

Wie aus § 369 Abs. 2 StPO in Verb. mit Abs. 1 der erwähnten Bestimmung hervorgeht, steht dem Verteidiger ebenfalls ein Teilnahmerecht an der Hauptverhandlung zu.

### III. Möglichkeit der Einschränkung des Teilnahmerechtes der Verfahrensbeteiligten zum Schutze des Minderjährigen und der Angehörigen

#### A. Allgemeines

In § 369 Abs. 1 StPO ist analog zum Akteneinsichtsrecht die Möglichkeit der Einschränkung der Teilnahme einer dazu berechtigten Person an der Hauptverhandlung vorgesehen, sofern und soweit dies überwiegende schutzwürdige Interessen eines Minderjährigen oder seiner Angehörigen erfordern. Unter dem Aspekt der unsachgemässen Verwendung des Gutachtens fragt sich im folgenden lediglich, ob der Jugendliche, die Eltern, der Vormund, Sozialarbeiter und Verteidiger grundsätzlich vom Verfahren ausgeschlossen werden können. Für die übrigen am Hauptverfahren teilnahmeberechtigten Personen stellt sich diese Frage nicht, denn wie aus den vorherigen Ausführungen unter II. hervorgeht, ist die Teilnahme des Geschädigten auf dessen zivilrechtliche Ansprüche und die Anwesenheit des Kindes auf dessen Befragung zur Person und zum strafrechtlichen Sachverhalt beschränkt.

#### B. Ausschluss des Jugendlichen

Der Jugendliche kann ganz oder teilweise von der Verhandlung ausgeschlossen werden (§ 386 Abs. 2 in Verb. mit § 369 Abs. 1 StPO). Da das pädagogisch-psychiatrische Gutachten im Vortrag des Jugendlichen wie auch im Plädoyer des Verteidigers in der Regel eine entscheidende Rolle spielt, sollte dem

---

cher folgenden Wortlaut aufweist: "Kann sich der Geschädigte nach kantonalen Prozessordnung am Strafverfahren als Zivilpartei beteiligen, so sind seine Parteirechte auf die zur Wahrung der Zivilansprüche notwendige Mitwirkung zu beschränken."

Jugendlichen die Teilnahme an diesen Parteivorträgen grundsätzlich verweigert werden<sup>99</sup>. Ebenso sollte er von einer allfälligen Sachverständigeneinvernahme ferngehalten werden. Der Ausschluss von diesen Erörterungen lässt sich - wie bereits im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht ausgeführt wurde - sowohl mit der Rücksichtnahme auf dessen psychische Gesundheit wie auch aus erzieherischen Gründen rechtfertigen<sup>100</sup>.

#### C. Ausschluss der Eltern, Vormünder und Sozialarbeiter

Wie gegenüber dem Jugendlichen, so lässt sich auch grundsätzlich gegenüber den Eltern ein Ausschluss von Erörterungen, soweit sie das Gutachten betreffen, mit Rücksicht auf deren psychisches Wohlbefinden rechtfertigen<sup>101</sup>.

Besteht die Gefahr, dass Vormünder und Sozialarbeiter den Jugendlichen über den Inhalt des Gutachtens, den sie durch die Anwesenheit bei der Gerichtsverhandlung erfahren haben, in ungeeigneter Weise orientieren, können auch diese vom Verfahren ausgeschlossen werden. Denn wie schon mehrfach erwähnt wurde, kann die psychische Weiterentwicklung des Jugendlichen nicht nur durch die Kenntnis vom Gutachtensinhalt gefährdet werden, sondern auch durch eine unsachgemässe, von Dritten ausgehende Orientierung.

#### D. Ausschluss des Verteidigers

Wie dem amtlichen Verteidiger und dem als Verteidiger erbetenen Rechtsanwalt gem. § 369 Abs. 2 StPO das Akteneinsichtsrecht nicht verweigert werden kann, so steht diesen Personen nach derselben Bestimmung ein uneingeschränktes Teilnahmerecht an der Hauptverhandlung zu. Hingegen kann - wie e contra-

---

99 Nach dem vor der StPO-Revision von 1974 geltenden Art. 52 EGGStGB war der Jugendliche zwingend von den Parteivorträgen ausgeschlossen.

100 Sh. dazu vorne S. 167

101 Sh. vorne S. 167

rio aus § 369 Abs. 2 in Verb. mit Abs. 1 der erwähnten Bestimmung hervor-  
geht - der erbetene Verteidiger, der nicht Rechtsanwalt ist, von der Ver-  
handlung ausgeschlossen werden. Diese Möglichkeit besteht dann, wenn eine  
unsachgemässe Orientierung des Jugendlichen oder der Eltern zu befürchten  
ist.

#### E. Zusammenfassende Bemerkung

Im Zusammenhang mit der Teilnahmemöglichkeit der dazu berechtigten Personen  
an der Hauptverhandlung besteht vom verfahrensrechtlichen Standpunkt aus  
somit lediglich die Gefahr einer unsachgemässen Verwendung des Gutachtens  
durch den amtlichen Verteidiger und den als Verteidiger erbetenen Rechts-  
anwalt, insofern als diesen keine Teilnahmebeschränkung auferlegt werden  
kann.

#### § 13 Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatri- schen Gutachtens im Stadium der Urteilsöffnung

In diesem Stadium des Verfahrens kann das Gutachten anlässlich der mündli-  
chen Erläuterungen des Urteils gegenüber dem angeschuldigten Minderjährigen  
und, in noch weit stärkerem Mass, im Zusammenhang mit der schriftlichen  
Mitteilung der Urteilsbegründung gegenüber den Verfahrensbeteiligten unsach-  
gemäss verwendet werden.

#### I. Die unsachgemässe Verwendung des Gutachtens anlässlich der Urteilsver- kündung

§ 387 Abs. 2 StPO sieht ausdrücklich vor, dass das Urteil dem angeschuldig-  
ten Minderjährigen in geeigneter und verständlicher Form zu erklären ist  
102

---

102 Diese Bestimmung wurde anlässlich der StPO-Revision von 1974 neu ins Ge-  
setz aufgenommen und verwirklicht sinngemäss einen in R 24 postulierten  
Gedanken (R 24 lautet folgendermassen: "Wird ein Urteil mündlich eröffnet,  
so hat der Vorsitzende es dem Angeschuldigten und seinem gesetzlichen  
Vertreter zu erklären.").

Einer pädagogisch geschickten und dem straffälligen Minderjährigen verständlichen Urteilsverkündung kommt im Jugendstrafverfahren unbestrittenermassen eine wichtige Funktion zu. Denn diesem kann damit noch einmal die von ihm begangene Tat vor Augen geführt sowie Notwendigkeit und Ziel der angeordneten Strafe oder Massnahme erläutert werden. Im Zusammenhang mit der Begründung der getroffenen Massnahme greift der Gerichtspräsident erfahrungsgemäss auf die Ergebnisse der Persönlichkeitserforschung und mithin auf das Gutachten zurück. Dabei kann es vorkommen, dass der Richter die Gutachtensergebnisse dem Minderjährigen in ungeeigneter, im folgenden Abschnitt II. näher zu erörternden Weise darlegt.

## II. Die unsachgemässe Verwendung des Gutachtens anlässlich der schriftlichen Mitteilung der Urteilsgründe

§ 387 Abs. 1 StPO sieht die Mitteilung des Entscheides im Dispositiv an den urteilsfähigen Jugendlichen<sup>103</sup>, den gesetzlichen Vertreter und den Geschädigten vor<sup>104</sup>. Auf Verlangen erhalten die Beteiligten nach der erwähnten Bestimmung die Begründung des Entscheides, der Geschädigte jedoch nur in bezug auf seine zivilrechtlichen Ansprüche. Um das Urteil zu untermauern, nimmt der Verfasser erfahrungsgemäss Bezug auf das pädagogisch-psychiatrische Gutachten. Dagegen lässt sich nichts einwenden. Hingegen ist es bedenklich, wenn die intimsten Stellen aus dem Gutachten wörtlich zitiert werden, wenn Diagnose und Prognose sowie belastende anamnestiche Angaben dem Jugendlichen und den Eltern schonungslos vor Augen geführt werden. Die wörtliche Zitierung des Gutachtens ist nicht nur mit Rücksicht auf die psychische Gesundheit des Jugendlichen bzw. der Eltern sowie vom erzieherischen Standpunkt aus zu beanstanden, sondern auch deshalb, weil solche Zitate immer aus dem Zusammenhang gerissen sind und Anlass zu tendenziösen Interpretationen geben<sup>105</sup>.

---

103 So wie das Kind und der urteilsunfähige Jugendliche nicht berechtigt sind, Rechtsmittel zu ergreifen (was e contrario aus § 383 Ziff. 1 StPO hervorgeht), so wird ihnen auch nicht das Urteilsdispositiv zugestellt, sondern nur dem gesetzlichen Vertreter.

104 Da der Verteidiger selbständig Rechtsmittel ergreifen kann (§ 373 Ziff. 2 StPO), muss m.E. auch ihm das Urteilsdispositiv zugestellt werden.

105 Sh. vorne S. 157

Im folgenden sollen stellvertretend für viele zwei Beispiele angeführt werden:

In einem nichtpublizierten Gerichtsurteil eines Bezirksgerichtes wird unter wörtlicher Zitierung des Experten festgehalten, dass eine erhebliche Gefährdung der Jugendlichen X in Richtung Drogenkonsum, Kriminalität und voraussichtlich auch Prostitution bestehe.

In einem anderen erstinstanzlichen, ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil wird der Jugendliche Y expressis verbis als Psychopath bezeichnet. Die Diagnose Psychopathie wird auch in einem Bundesgerichtsentscheid <sup>106</sup> angeführt: "Der Gutachter fand, dass X nicht geisteskrank sei und eine normale Intelligenz aufweise. Er leide weder an Epilepsie noch an neurotischen Störungen. Er könne jedoch als ausgesprochen triebhaft-erregbarer, unbeherrscht-haltbarer, egozentrischer, spannungs-intoleranter, infantiler und bindungsarmer Psychopath bezeichnet werden ..."

Dass solche Beurteilungen selbst zu kriminogenen Faktoren werden können, wurde bereits im Zusammenhang mit der Darstellung der Diagnose angeführt <sup>107</sup>.

An dieser Stelle wurde auch das von verschiedenen Psychiatern vorgebrachte Postulat festgehalten, eine differenzierte, die Würde der betroffenen Personen respektierende Beurteilung der Persönlichkeit des Exploranden und dessen Milieu vorzunehmen. Auf diese Weise vermag der Psychiater Gerichtsurteile der erwähnten Art weitgehend zu verhüten.

#### § 14 Möglichkeit der unsachgemässen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens anlässlich der Orientierung der Allgemeinheit über das Verfahren durch das Gericht

Bekanntlich geht das zürcherische Jugendstrafverfahren vom Grundsatz der Nichtöffentlichkeit aus, und da die Presse eine breite Öffentlichkeit repräsentiert, sind auch die Berichterstatter von der Gerichtsverhandlung ausgeschlossen <sup>108</sup>. § 372 Abs. 2 StPO räumt jedoch dem Gericht die Möglichkeit

---

106 BGE 99 IV 136

107 Sh. vorne S. 138/39. Dasselbe trifft für die Prognose zu. Sh. 140/41

108 Sh. vorne S. 57/58

ein, die Allgemeinheit ausnahmsweise durch Berichte über die Verhandlungen, seine Entscheide und deren Motive zu orientieren, "wenn überwiegende öffentliche Interessen dies verlangen" <sup>109 110</sup>.

Da die Orientierung der Allgemeinheit die Ausnahme vom Grundsatz der Geheimhaltung, d.h. der Nichtöffentlichkeit darstellt, muss sie restriktiv gehandhabt werden. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit darf eine öffentliche Orientierung nur dann erfolgen, wenn eine bestimmte Tat in der Bevölkerung ein gewisses Mass an Aufsehen erregt hat, z.B. ein Tötungsdelikt oder eine vorsätzliche Brandstiftung <sup>111</sup>, aber auch bei schweren Fällen von Erziehungs- oder Behandlungsbedürftigkeit, insofern als von solchen Fällen eine generalpräventive Wirkung auf die Erzieher ausgehen kann. Eine vom Gericht verfasste Mitteilung darf dagegen nicht der Befriedigung von Sensationsgelüsten dienen.

Die restriktiv gehandhabte Orientierung der Öffentlichkeit erfordert als zweites, dass die Geheimhaltung der Gerichtsverhandlung nur insoweit aufgegeben werden darf, als dies vom Orientierungszweck her gesehen als notwendig erscheint <sup>112</sup>. Das Gericht hat also unter diesem Aspekt im Einzelfall abzuwägen, ob es sich mit einem einfachen Communiqué begnügen kann, oder ob es zuhanden der Presse einen ausführlicheren Bericht abfassen soll, welcher den Antrag des Jugendanwaltes, die Einwendungen der Verteidigung und ausnahmsweise auch eine Zusammenfassung der Urteilsbegründung enthält <sup>113</sup>.

- 
- 109 Diese durch die StPO-Revision von 1974 neu geschaffene Bestimmung stellt einen Kompromiss zwischen alt Art. 51 und 71 EGStGB dar. Denn während Art. 51 Abs. 1 in Verb. mit Abs. 2 EGStGB (die für Kinder und Jugendliche geltende Bestimmung) die Presse von der Gerichtsverhandlung ausschloss, sah Art. 71 Abs. 1 EGStGB die Möglichkeit der Presseberichterstattung im Verfahren gegen 18 - 20-jährige Täter vor, wenn das öffentliche Interesse dies rechtfertigte.
- 110 Vgl. § 34 Satz 2 StPO, wonach Mitteilungen an Dritte aus den Akten einer schwebenden Untersuchung ausnahmsweise zulässig sind, sofern u.a. "überwiegende öffentliche Interessen eine Aufklärung gebieten".
- 111 Vgl. Hünig S. 73 und 129 im Zusammenhang mit der in FN 110 erwähnten, singemäss entsprechenden Orientierung der Allgemeinheit im Untersuchungsverfahren.
- 112 Vgl. Hünig S. 129

Dieselben Gesichtspunkte sind bei der Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens massgeblich, d.h. die Gutachtensergebnisse sind der Allgemeinheit nur soweit zugänglich zu machen, als dies für das Verständnis des Falles absolut notwendig ist. Das Gericht hat dabei auf das psychische Wohlbefinden des Minderjährigen und der Angehörigen Rücksicht zu nehmen wie auch das Auftreten von erzieherischen Nachteilen gegenüber dem jungen Täter zu vermeiden. Es gelten dabei die gleichen Ueberlegungen, wie sie bei der schriftlichen Mitteilung der Urteilsgründe angeführt worden sind <sup>114</sup>. Darüber hinaus sollte die Kenntlichmachung des Minderjährigen vermieden werden <sup>115</sup>, um nicht dessen Fortkommen und Weiterentwicklung zu gefährden.

Diese Ueberlegungen bilden denn auch Bestandteil der Praxis der zürcherischen Jugendgerichte. Aus neuerer Zeit ist mir kein Fall einer ungeeigneten Presseorientierung bekannt.

§ 15 Lösungsvorschläge zur Vermeidung der missbräuchlichen Verwendung des pädagogisch-psychiatrischen Gutachtens im zürcherischen Jugendstrafverfahren

Bei der Suche nach Lösungsvorschlägen haben wir von den folgenden, nach dem bestehenden zürcherischen Verfahrensrecht möglichen Fällen missbräuchlicher Verwendung des Gutachtens auszugehen, nämlich

- wenn der zur uneingeschränkten Akteneinsicht und zur Teilnahme am Untersuchungs- und Hauptverfahren berechtigte Verteidiger, d.h. der amtliche Verteidiger oder der als Verteidiger erbetene Rechtsanwalt dem Minderjährigen bzw. den Eltern das Gutachten zum Lesen aushändigt oder diese Personen in ungeeigneter Weise über den Inhalt der Expertise orientiert <sup>116</sup>,

---

113 Prot. KK 168

114 Sh. vorne S. 188/89

115 Eine Namensnennung wie auch eine Ortsangabe sollten nach Möglichkeit unterbleiben.

116 Sh. vorne S. 170/71

- wenn das auf dem Jugendgericht archivierte pädagogisch-psychiatrische Gutachten in einem späteren Strafverfahren, insbesondere im Verfahren gegen junge Erwachsene, gegen den Exploranden verwertet wird und so der Gutachtensinhalt den Verfahrensbeteiligten auf Grund ihres Akteneinsichtsrechtes sowie der Allgemeinheit wegen der Öffentlichkeit des Verfahrens bekannt wird <sup>117</sup>
- und
- wenn das Gericht das Gutachten anlässlich der Urteilseröffnung, sei es bei der mündlichen Urteilsverkündung oder der schriftlichen Urteilsbegründung, unsachgemäss verwertet <sup>118 119</sup>.

Wie bei allen rechtlichen Problemen stehen auch hier grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen: entweder eine Praxisänderung oder eine Gesetzesrevision.

#### I. Zum uneingeschränkten Akteneinsichts- und Teilnahmerecht des amtlichen Verteidigers und des als Verteidiger erbetenen Rechtsanwaltes

##### A. Allgemeine Lösungsvorschläge

Die folgenden Lösungsvorschläge beziehen sich auf das Verteidigerproblem im Jugendstrafverfahren an sich. Um den angeschuldigten Minderjährigen von schädigenden Einflüssen zu bewahren, welche von ungeeigneten Verteidigern ausgehen, könnte eine Reorganisation des Verteidigerwesens in Erwägung gezogen werden und zwar in der Weise, dass die Träger der Verteidigung den Anforderungen im jugendstrafrechtlichen Verfahren genügen. Bekanntlich benötigt der im Jugendstrafrecht Tätige neben juristischen auch pädagogische und psychologische Kenntnisse sowie eine langjährige Erfahrung, um beurteilen zu können, welche Massnahmen in concreto allenfalls den erwünschten Erfolg zeitigen. Ebenso notwendig ist die Freude am Kontakt mit jungen Menschen, um deren Probleme besser zu verstehen.

---

117 Sh. vorne S. 162

118 Sh. vorne S. 187 ff.

1. Eine Möglichkeit bestünde darin, nur diejenigen Personen zur Verteidigung in Jugendstrafsachen zuzulassen, welche einen entsprechenden Fähigkeitsausweis erworben haben. Dieser Ausweis sollte nicht nur Rechtsanwälten, sondern ebenso in jugendstrafrechtlichen Belangen qualifizierten Privatpersonen ausgestellt werden. Angesichts der wohl überwiegenden Anzahl von Rechtsanwälten als Bewerbern würde die Abgabe dieses Ausweises durch die für die Ausstellung von Anwaltspatenten zuständigen Behörde erfolgen <sup>120 121</sup>. Zur besseren Uebersicht wären diese Verteidiger in ein spezielles Verzeichnis einzutragen. Im Falle der amtlichen Verteidigung würden die Jugendstrafverteidiger wie bisher turnusweise aufgeboten werden, wobei den Wünschen und Vorschlägen des Jugendlichen wie des gesetzlichen Vertreters nach Möglichkeit Rechnung zu tragen wäre, ebenso wie der Verteidiger auf eigenen Wunsch dispensiert werden könnte <sup>122</sup>.

Die Idee, in Jugendstrafsachen nur qualifizierte Verteidiger zuzulassen, ist in Art. 12 des italienischen Jugendgerichtsgesetzes <sup>123</sup> verankert und wird von verschiedenen Autoren <sup>124</sup> begrüsst. Während sich das italie-

---

119 -

- 120 Gem. § 14 der Verordnung über die Fähigkeitsprüfung für den Rechtsanwaltsberuf (ZG 6, 279), ist das Obergericht zur Erteilung des Fähigkeitsausweises zuständig.
- 121 Auch Zipkes sieht die Ausstellung des Ausweises durch diese Behörde vor (S. 309).
- 122 Sh. dazu Burkart S. 81
- 123 Art. 12 des italienischen JGG v. 20. Juli 1934, rev. v. 25. Juli 1956 betr. die Verteidigung von Jugendlichen lautet folgendermassen: "Die Verteidigung der Beschuldigten vor dem Jugendgericht und dem Jugendsenat des Oberlandesgerichtes kann nur von berufsmässigen Vertretern (professionisti) geführt werden, die in ein besonderes, alle fünf Jahre von den Vorstandsmitgliedern des Oberlandesgerichtes anzulegendes Verzeichnis einzutragen sind.  
Die Wahl muss auf Personen fallen, die auf Grund ihrer Bildung und sozialen Betätigung geeignet erscheinen, die erzieherische Aufgabe zu erfassen, die der Staat den Jugendlichen gegenüber auch bei Ausübung seiner Strafgewalt erfüllt (...)." (Uebersetzung aus der Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 51, zit. bei Beglinger S. 129 N 49)
- 124 Schneider S. 90/91, Zipkes S. 309, Beglinger S. 129/30

nische Jugendgerichtsgesetz auf die Rechtsanwälte beschränkt, befürworteten Schneider und Zipkes<sup>125</sup> - wie in diesem Lösungsvorschlag - zusätzlich das Laienelement.

Der Vorteil der Spezialisierung der Jugendstrafverteidiger läge zunächst in der weitgehenden Eliminierung der Gefahr, dass die im Interesse des Minderjährigen und der Angehörigen aufgestellten prozessualen Schutzbestimmungen durch ungeeignete Rechtsanwälte illusorisch werden. Durch die Uebernahme zahlreicher Fälle könnte der auserwählte Verteidiger ferner sein pädagogisches Verständnis vertiefen, so dass er mit der Zeit dem Jugendanwalt ebenbürtig wäre, was vom Standpunkt des Prinzips der Waffengleichheit wünschenswert wäre. Würde sich der Verteidiger entscheiden gegen den Antrag des Jugendanwaltes stellen, so würde dies vom Gericht voraussichtlich eher respektiert werden als die gegenteilige Ansicht eines im Jugendstrafverfahren unerfahrenen Verteidigers<sup>126</sup>.

Der Nachteil dieser Lösung bestünde allerdings darin, dass diejenigen Rechtsanwälte, die über keinen speziellen Fähigkeitsausweis verfügten, jedoch eine Jugendstrafverteidigung übernehmen wollten, in ihrer Berufsausübung eingeschränkt wären. Ferner wären der Jugendliche bzw. der gesetzliche Vertreter in ihrer Freiheit eingeschränkt, insofern als ihnen das auf Grund von Art. 6 der zürcherischen Kantonsverfassung zustehende Recht auf freie Wahl des Verteidigers geschmälert würde<sup>127</sup>.

2. Eine andere Möglichkeit bestünde in der Schaffung eines öffentlichen Verteidigungsamtes. Danach würde die Verteidigung im Gegensatz zur bestehenden Regelung nicht von Privatpersonen<sup>128</sup>, sondern analog dem Amte

---

125 Schneider und Zipkes je a.a.O. Gegen die Zulassung von Laien als Verteidigern spricht sich jedoch Hasler S. 152/53 aus.

126 So auch Schneider S. 93/94.

127 Art. 6 KV lautet folgendermassen: "Dem wegen eines Verbrechens oder Vergehens Angeschuldigten ... ist Gelegenheit zu geben, allen Verhandlungen, welche vor dem Untersuchungsrichter stattfinden, beizuwohnen, einen Rechtsbeistand zuzuziehen ..."

128 Denn auch beim amtlichen Verteidiger handelt es sich um eine Privat-

des öffentlichen Anklägers von Staatsbeamten durchgeführt, und zwar entweder im Sinne der prinzipialen oder im Sinne der subsidiären Verteidigung. Während nach der erstgenannten Verteidigungsart sämtliche formellen Verteidigungen von Staatsbeamten geführt würden und allenfalls vom Angeschuldigten beigezogene Verteidiger lediglich neben dem staatlichen Verteidiger wirken könnten, würde das öffentliche Verteidigungsamt bei der zweiten Art nur in den Fällen beauftragt, in welchen der Angeschuldigte trotz Vorliegens eines Falles notwendiger Verteidigung nicht selber einen Verteidiger beigezogen hat <sup>129</sup>. Die gesetzliche Grundlage für die Schaffung eines öffentlichen Verteidigungsamtes wäre im Kanton Zürich bereits vorhanden <sup>130 131</sup>.

Verschiedene Autoren sehen den Vorteil der erwähnten Verteidigungsart u.a. darin, dass sich bei dieser zwei staatliche Institutionen gegenüberstünden, die eine mit belastender, die andere mit entlastender Funktion, so dass sich die im Interesse des kontradiktorischen Prozessablaufs wünschbare Waffen-gleichheit leicht verwirklichen liesse <sup>132</sup>. Dazu ist im Hinblick auf das Jugendstrafverfahren allerdings zu bemerken, dass solch einseitige Interessenwahrungen sehr schlecht ins Konzept dieses Sonderstrafverfahrens passen, versteht sich doch der Jugendanwalt nicht nur als Ankläger, sondern ebenso als Helfer des Minderjährigen <sup>133</sup>. Dies schliesst jedoch keineswegs die Notwendigkeit der formellen Verteidigung aus, kommt doch dem Verteidiger im Jugendstrafverfahren vorwiegend die Funktion eines Kontrollorgans zu.

---

person, welche jedoch im Gegensatz zum erbetenen Verteidiger amtlich bestellt wird.

129 Vgl. dazu Pfenninger, Festgabe S. 188/89, Burkart S. 68

130 § 12 Abs. 2 StPO bestimmt ausdrücklich, dass der Kantonsrat auf Antrag des Obergerichtes ein Amt der öffentlichen Verteidigung schaffen kann.

131 Einige Kantone kennen dieses Institut, allerdings nicht in gleicher Form. Sh. dazu H. Müller S. 93/94

132 Pfenninger, Aufsätze S. 157, Huber S. 102/03, Thormann Ph. in ZBJV 1904 S. 320, Schneider S. 95

133 Sh. dazu vorne S. 52

Als weiterer Vorteil wird die grosse Erfahrung des öffentlichen Verteidigers vermerkt, welche sich durch die umfangreiche und ausschliessliche Beschäftigung mit Strafverteidigungen zwangsläufig einstellen würde<sup>134</sup>. Schneider<sup>135</sup>, welcher wie Pfenninger<sup>136</sup> das Institut der prinzipalen öffentlichen Verteidigung zu befürworten scheint, sieht ferner einen Vorzug des Verteidigungsbeamten darin, dass der Angeschuldigte diesem nicht unter Drohung mit Mandatsentzug seinen Willen aufzwingen könnte. Dieser Vorteil besteht aber, wie Schneider zu Recht erwähnt, auch beim amtlichen Verteidiger.

Die Mehrzahl der Autoren wendet sich jedoch mit guten Gründen gegen die Schaffung eines öffentlichen Verteidigungsamtes, insbesondere gegen das prinzipale. Dabei wird argumentiert, dass das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Angeschuldigten und dem vom Staat aufoktroyierten Verteidiger wesentlich erschwert würde<sup>137</sup>. Zwar wird auch der amtliche Verteidiger vom Staat bestellt, doch wird dabei allfälligen Wünschen und Vorschlägen des Minderjährigen nach Möglichkeit Rechnung getragen<sup>138</sup>. Das gleiche Entgegenkommen könnte im Falle des Verteidigungsamtes nicht verwirklicht werden, da die Zahl der Verteidigungsbeamten notwendigerweise klein wäre, während nach heutigem System zahlreiche amtliche Verteidiger zur Verfügung stehen. Für das Erwachsenenstrafverfahren wird ferner eine zu enge Zusammenarbeit zwischen den beiden Amtsstellen - der Anklage und Verteidigung - befürchtet, insofern als damit die konträren obligatorischen Parteistandpunkte leicht ineinander überfliessen könnten<sup>139</sup>. Diese Bedenken haben - allerdings in abgeschwächter Form - auch im Jugendstrafverfah-

---

134 Zuber S. 108. In: Die Entwicklung der Verteidigung im Strafprozessrecht und ihre heutige Ausgestaltung. Diss. Zürich 1941; indirekt auch Pfenninger a.a.O. S. 154

135 Schneider S. 96

136 Pfenninger a.a.O. S. 157 ff.

137 Vgl. Hafter in ZStR 15 S. 362/63, Burkart S. 70/71, H. Müller S. 95/96

138 Sh. dazu vorne S. 193

139 Vgl. etwa Burkart S. 72

ren Geltung. Wenn auch die Zusammenarbeit zwischen Jugendanwalt und Verteidiger bei der Frage nach der geeigneten Sanktion sehr zu begrüßen ist, so darf doch deren Unabhängigkeit niemals ausser Acht gelassen werden.

Ein weiteres Argument gegen das öffentliche Verteidigungsamt wird schliesslich aus der Stellung des Verteidigers hergeleitet. Da der öffentliche Verteidiger in einem direkten Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stünde, würde er sich kaum durch Stellungnahmen und Anträge exponieren, welche den übrigen Rechtspflegeorganen unbequem wären. Insbesondere könnte nicht mit Sicherheit erwartet werden, dass der öffentliche Verteidiger Mängel rügen würde, die auf Nachlässigkeit der Untersuchungsorgane beruhen <sup>140</sup>. Schliesslich würde den Anwälten durch die Einführung der öffentlichen Verteidigung ein beachtlicher Teil und durch die prinzipiale öffentliche Verteidigung sämtliche Strafverteidigungen entzogen <sup>141</sup>.

#### B. Speziell auf das Akteneinsichtsrecht bezogene Lösungsvorschläge

Die unter lit. A. erwähnten Lösungsmöglichkeiten zielen auf eine Reorganisation der Trägerschaft der formellen Verteidigung hin. Es sind jedoch Lösungen denkbar, in denen das Verteidigerwesen in seiner jetzigen Struktur belassen würde, in welchen hingegen dem zur Akteneinsicht berechtigten Verteidiger Beschränkungen auferlegt würden <sup>142</sup>, und zwar in folgender Weise:

1. Der Psychiater könnte beauftragt werden, zwei Gutachten anzufertigen, nämlich neben dem konventionellen ein Gutachten, das nur die wichtigsten, zum Verständnis der Schlussfolgerungen absolut notwendigen Punkte enthielte und frei wäre von Details, welche die Intimsphäre des Minderjährigen und der Angehörigen stark berührten. Dem Verteidiger sollte nur Einsicht in diese Zusammenfassung gewährt werden, während das ausführliche Gutachten aus den Akten zu entfernen wäre und nur dem Jugendanwalt und Gericht zugänglich gemacht werden sollte.

---

140 Vgl. H. Müller S. 94

141 Sh. dazu etwa Burkart S. 75

142 Dass am Grundsatz des Akteneinsichtsrechtes der erwähnten Verteidiger festzuhalten ist, drängt sich aus rechtsstaatlichen Erwägungen auf.

Diese Lösungsmöglichkeit hätte den Vorteil, dass die Gefahr einer unsachgemässen Orientierung des Minderjährigen durch den Verteidiger weitgehend ausgeschaltet würde. Auf der anderen Seite dürfte dem psychiatrischen Experten die Entscheidung schwerfallen, welche Informationen in die Zusammenfassung aufzunehmen wären, um noch zu aussagekräftigen Schlussfolgerungen zu gelangen. Liesse er die extrem persönlichkeitsbezogenen Tatsachen weg, so bestünde die Gefahr, dass der Verteidiger Einblick in ein nichtssagendes und - was weit gravierender wäre - in ein nichtstichhaltiges Gutachten hätte. Als weiteres sprechen rechtsstaatliche Bedenken gegen die vorgeschlagene Lösung: Wenn schon bekanntlich dem Minderjährigen und den Eltern die Einsicht ins psychiatrische Gutachten aus überwiegenden schutzwürdigen Interessen verweigert werden kann und zudem im Jugendstrafverfahren das Prinzip der Nichtöffentlichkeit besteht, muss wenigstens eine ausserhalb der gerichtlichen Behörde stehende Instanz zu allen Belastungs- und Entlastungsmomenten Stellung nehmen können.

2. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dass sich der nach § 369 Abs. 2 StPO zur uneingeschränkten Akteneinsicht berechnigte Verteidiger<sup>143</sup> schriftlich verpflichten müsste, die ihm ausgehändigten Akten weder dem Minderjährigen bzw. dem gesetzlichen Vertreter zu zeigen, noch diese in ungeeigneter Form daraus zu informieren. Eine Missachtung dieser Verpflichtung von Seiten der Rechtsanwälte könnte gem. § 21 des zürcherischen Anwaltsgesetzes als Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AnwG geahndet werden<sup>144</sup>. Gegenüber amtlichen Verteidigern, die nicht dem Rechtsanwaltsstand angehören<sup>145</sup>, könnte der Gerichtspräsident, welcher die Bestellung des amtlichen Verteidigers vornimmt, disziplinarisch vorgehen. Eine diesbezügliche Rechtsgrundlage müsste allerdings noch geschaffen werden.

---

143 D.h. der amtliche Verteidiger und der als Verteidiger erbetene Rechtsanwalt

144 § 7 AnwG lautet folgendermassen: "Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und sich durch sein Verhalten in der Ausübung des Berufes und sein sonstiges Geschäftsgebahren der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert."

145 Was gem. § 371 StPO möglich ist. Sh. vorne S. 178

Sollte sich der Verteidiger weigern, den Revers zu unterschreiben, so könnte ihm die Herausgabe der Akten verwehrt werden.

Diese Lösung entspricht weitgehend derjenigen, wie sie im baselstädtischen Jugendstrafverfahren praktiziert wird. Eine ähnliche Regelung besteht auch im baselstädtischen Verwaltungsrekursverfahren <sup>146</sup>.

Einige Verwaltungsrekurs-Entscheide haben sich wohl mit dieser Lösung befasst, jedoch nicht im Hinblick auf die Rechtmässigkeit des Reverses. In diesen Entscheiden wurde vielmehr geprüft, ob die lediglich an Rechtsanwälte, nicht dagegen an die ohne Anwälte vertretenen Parteien erfolgte Herausgabe der Akten mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit vereinbar sei <sup>147</sup>. Hingegen hat im Rahmen der Besprechung des Entscheides des Regierungsrates vom 18. November 1949 Im Hof <sup>148</sup> die Erteilung von Auflagen über die Verwendung von Verwaltungsakten durch das Polizeidepartement grundsätzlich befürwortet, allerdings ohne nähere Begründung. Ebenfalls zustimmend gegenüber der Erteilung von Auflagen steht der deutsche Bundesgerichtshof in Strafsachen <sup>149</sup>, sofern solche Beschränkungen durch ein höher zu wertendes Geheimhaltungsinteresse <sup>150</sup> geboten sind. Er führt dabei folgendes aus: "Der Senat geht bei alledem von der Voraussetzung aus, dass der Untersuchungsrichter jede der Verteidigung zumutbare Einzelmassnahme trifft, die geeignet ist, die ... Gefährdung etwaiger Staatsgeheimnisse zu verringern. So wird der Untersuchungsrichter den Verteidigern Auflagen über ... den Personenkreis zu machen haben, mit dem der Verteidiger die geheimen Schriftstücke erörtern darf."

---

146 Allerdings geht es in diesem Verfahren nicht um den Schutz des Klienten, sondern um den Schutz der Auskunftspersonen vor nachteiligen Folgen. Denn der Rechtsanwalt hat sich durch Revers zu verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass die in den Akten angeführten Auskunftspersonen weder der Klientenschaft bekanntgegeben noch mit Prozessen oder sonstwie belästigt werden (Sh. dazu die in FN 147 aufgeführten Entscheide).

147 ZBl 1938 S. 323, 1950 S. 143 ff., 1952 S. 367, BJM 1971 S. 255

148 Im Hof in ZBl 1950 S. 146

149 In casu durch ein Staatsgeheimnis

150 BGHSt 18, 369 in JZ 1963 S. 608

Für das Jugendstrafverfahren lässt sich die Erteilung von Auflagen folgendermassen begründen: Der Gesetzgeber hat bekanntlich in § 369 Abs. 1 StPO eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes gegenüber dem Jugendlichen und auch den Eltern zu deren eigenem Schutz vorgenommen. Händigt der Verteidiger den genannten Personen die vorenthaltenen Aktenstücke aus, so umgeht er eine elementare Schutzbestimmung des Jugendstrafverfahrensrechtes. Anders ausgedrückt: Die Verpflichtung des Verteidigers, die unter die Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes fallenden Aktenstücke den erwähnten Personen weder auszuhändigen noch diese darüber unsachgemäss zu orientieren, ist vom Gesetzgeber gewollt. Die schriftliche Bestätigung dieser Verpflichtung durch den Verteidiger soll dazu verhelfen, Missbräuchen oder einem fahrlässigen Verhalten vorzubeugen. Dadurch, dass im Falle einer Pflichtverletzung Sanktionen angeordnet werden können, wird dem Willen des Gesetzgebers Nachdruck verliehen.

Diese Verpflichtung könnte im Sinne einer Usanz ausgeübt werden und der Revers könnte etwa ähnlich wie im baselstädtischen Jugendstrafverfahren folgenden Wortlaut aufweisen:

Der Unterzeichnete, Verteidiger des ..... bescheinigt hiemit, von der Jugendanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens auf die Dauer von 48 Stunden erhalten zu haben. Er verpflichtet sich, die Akten mit aller Sorgfalt aufzubewahren, insbesondere dafür besorgt zu sein, dass an ihrem Inhalt nichts verändert wird. Er verpflichtet sich ausdrücklich, die Akten weder seinem Klienten noch anderen Personen unbeaufsichtigt zu überlassen noch seine Klienten daraus unsachgemäss zu orientieren<sup>151</sup>.

Um der Verpflichtung besonderen Nachdruck zu verleihen, könnte sie aber auch ins Gesetz aufgenommen werden und zwar im Sinne eines neu zu schaffenden Abs. 3 zum bestehenden § 369 StPO; dieser könnte folgendermassen lauten:

---

<sup>151</sup> Abgesehen vom letzten Teil des Satzes "noch seinen Klienten daraus unsachgemäss zu orientieren" und der Bezeichnung "Staatsanwaltschaft" anstelle "Jugendanwaltschaft", ist die Formulierung mit derjenigen des baselstädtischen Jugendstrafverfahrens identisch.

"Die gemäss Abs. 2 zur uneingeschränkten Akteneinsicht berechtigten Verteidiger haben sich schriftlich zu verpflichten, die ihnen ausgehändigten Akten weder dem Minderjährigen oder den Angehörigen zu übergeben, noch diese daraus unsachgemäss zu orientieren."

II. Kenntnisnahme vom jugendstrafrechtlichen Gutachten in einem späteren Verfahren durch die Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit

Bekanntlich werden die auf dem Jugendgericht archivierten Akten der ersuchenden Behörde in einem späteren Verfahren in der Regel gesamthaft übergeben. Dies ist insbesondere im Verfahren gegen junge Erwachsene problematisch, als dem in seiner Persönlichkeit noch kaum gefestigten Angeschuldigten von seinem 20. Altersjahr an ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht - und so ins mitunter stark persönlichkeitsbezogene Gutachten - zusteht, umso mehr als auch die Kenntnis eines erwachsenenstrafrechtlichen Gutachtens durch Erwachsene nachteilige Folgen nach sich ziehen kann. Ebenso unvorteilhaft wirkt sich die Kenntnis um den Gutachtensinhalt durch andere Verfahrensbeteiligte (Akteneinsichtsrecht) und der Allgemeinheit (Öffentlichkeit des Verfahrens) aus <sup>152</sup>.

Diesem Umstand könnte dadurch begegnet werden, dass die jugendstrafrechtlichen Akten in zwei Teile zu trennen wären: in die tatbeständlichen oder kriminalistischen einerseits und die persönlichkeitsbezogenen Akten oder Personalakten andererseits. Während erstere nach Abschluss des Gerichtsverfahrens wie bisher auf dem Gericht verbleiben sollten, wären die Personalakten auf der Jugendanwaltschaft zu archivieren. Dies würde nicht etwa bedingen, dass diese Akten als "Geheimakten" deponiert würden und in keinem späteren Verfahren verwertet werden könnten. Mit dieser Massnahme soll vielmehr die Verhütung von Missbräuchen bezweckt werden. Denn diejenige Behörde, welche die Akten angelegt hat, wird voraussichtlich am ehesten imstande sein, in jedem Fall umsichtig zu prüfen, ob sich die Herausgabe der Akten unter dem Gesichtspunkt der sachgemässen Verwendung rechtfertigt.

---

152 Sh. vorne S. 161/62

Diese Zweiteilung der Akten wird im baselstädtischen Jugendstrafverfahren praktiziert, wie mir vom Jugendstaatsanwalt mündlich mitgeteilt wurde.

### III. Zur unsachgemässen Verwendung des Gutachtens durch das Gericht

Der unvoreilhaften Orientierung des Minderjährigen im Rahmen der Urteils-eröffnung, sei es anlässlich der mündlichen Urteilsverkündung, sei es bei der schriftlichen Urteilsbegründung, könnte am ehesten mit der Schaffung eines Spezialjugendgerichtes begegnet werden; dies umso mehr als sich die Bildung eines solchen Gerichtes auch aus Gründen der mangelnden Sachkompe-tenz der bestehenden Bezirksgerichte aufdrängt <sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Sh. Ausführungen dazu vorne S. 32 ff. und 51 ff.

## LEBENS LAUF

Am 5. März 1949 wurde ich in Heiden (AR) geboren und wuchs in Walzenhausen (AR) auf. Hier besuchte ich die Primarschule und zwei Klassen der Sekundarschule. Danach trat ich in die Kantonsschule St.Gallen ein. Nach bestandener Maturität (Typus B) im Herbst 1968 nahm ich mein Studium an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf, welches ich im Frühjahr 1973 mit dem Lizentiat beendete. Im Anschluss daran arbeitete ich als Auditorin auf der Jugendanwaltschaft Bülach bis Ende Januar 1975. Dort erhielt ich die Anregung zur vorliegenden Dissertation, welche ich nach einem halbjährigen Auslandsaufenthalt in Angriff nahm. Am 13. Dezember 1978 promovierte ich zum Doktor beider Rechte.

Ich bin verheiratet und Mutter eines Kindes.









